

SINOPSES
JURÍDICAS

30

Direitos Humanos

Ricardo
Castilho

dLivros

{ Baixe Livros de forma Rápida e Gratuita }

Converted by [convertEPub](#)

**SINOPSES
JURÍDICAS**

Ricardo Castilho

Pós-Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC;
Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUCSP;
Presidente da Escola Paulista de Direito – EPD.

Direitos Humanos

**2ª edição
2012**

Volume 30

 **Editora
Saraiva**



Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP
CEP 05413-909 – PABX: (11) 3613 3000 – SACJUR: 0800 055 7688 – De 2ª a
6ª, das 8:30 às 19:30

E-mail saraivajur@editorasaraiva.com.br

Acesse www.saraivajur.com.br

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 – Centro – Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-

4782 – Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas – Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895 – Fax:

(71) 3381-0959 – Salvador

BAURU (SÃO PAULO)

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro – Fone: (14) 3234-5643 – Fax: (14)

3234-7401 – Bauru

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga – Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384

– Fax: (85) 3238-1331 – Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 — Setor de Indústria e Abastecimento – Fone: (61)

3344-2920 / 3344-2951 – Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto – Fone: (62) 3225-2882 / 3212-

2806 – Fax: (62) 3224-3016 – Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 – Centro – Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-

0112 – Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha – Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-

8310 – Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos – Fone: (91) 3222-9034 / 3224-

9038 – Fax: (91) 3241-0499 – Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho – Fone/Fax: (41) 3332-4894 –

Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS

Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista – Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81)

3421-4510 – Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro – Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16)

3610-8284 – Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel – Fone: (21) 2577-9494

– Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565 – Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos – Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 /

3371-1567 – Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Antártica, 92 – Barra Funda – Fone: PABX (11) 3616-3666 – São Paulo

ISBN 978-85-02-16820-6

Castilho, Ricardo
Direitos humanos / Ricardo Castilho. — 2. ed. — São Paulo : Saraiva, 2012. — (Coleção sinopses jurídicas ; v. 30) Bibliografia.
1. Direitos humanos - Brasil I. Título. II. Série.
CDU-347.121.1(81)

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil : Direitos humanos : Direito civil 347.121.1 (81)

Diretor editorial Luiz Roberto Curia

Diretor de produção editorial Lúgia Alves

Editor Jônatas Junqueira de Mello

Assistente editorial Sirlene Miranda de Sales

Produtora editorial Clarissa Boraschi Maria

Preparação de originais Ana Cristina Garcia / Maria Izabel Barreiros

Bitencourt Bressan / Raquel Benchimol de Oliveira Rosenthal

Arte e diagramação Cristina Aparecida Agudo de Freitas / Lídia Pereira de
Morais

Revisão de provas Rita de Cássia Queiroz Gorgati

Serviços editoriais Camila Artioli Loureiro / Lupércio de Oliveira Damasio

Capa Aero Comunicação

Produção gráfica Marli Rampim

Produção eletrônica Ro Comunicação

Data de fechamento da edição: 25-11-2011

Dúvidas?
Acesse www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.
A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

*Para tia Claudete,
Pelos preciosos ensinamentos
sobre a vida, o amor, a simplicidade e a fé.*

Sumário

1. Introdução

1.1. Direitos humanos, conceito

1.2. Vertentes dos direitos humanos

1.2.1. Primeira vertente: direito de asilo

1.2.2. Segunda vertente: direito dos refugiados

1.2.3. Terceira vertente: direito humanitário

1.3. Dimensões dos direitos humanos

1.4. Evolução do conceito no tempo

1.4.1. Direitos humanos de primeira geração (liberdade)

1.4.2. Direitos humanos de segunda geração (igualdade)

1.4.3. Direitos humanos de terceira geração (fraternidade)

1.5. Crítica à teoria das gerações

1.6. A eficácia das normas relativas às diferentes dimensões

2. Direito Natural e Direito Positivo

2.1. Direito Natural

2.1.1. Evolução do conceito de jusnaturalismo

2.2. Direito Positivo

2.2.1. Escola Exegética

2.3. Duas teorias sobre Direito Natural e Direito Positivo

2.4. O Direito Positivo não pode excluir o Natural: o pós-positivismo

3. A Magna Carta

3.1. Primeiro documento de direitos humanos

3.1.1. Avanços registrados na Magna Carta

3.1.2. Como vivia o povo na época da Magna Carta

4. Esboço histórico dos direitos humanos

4.1. O papel da religião na proteção dos direitos humanos

4.2. Eventos históricos de afirmação dos direitos humanos

5. Documentos históricos dos direitos humanos

5.1. *Petition of Rights*

5.1.1. A Lei do *Habeas Corpus*

[5.2. A declaração de direitos \(*Bill of Rights*\)](#)

[5.3. A declaração de direitos norte-americana](#)

[5.4. A primeira declaração dos direitos do homem](#)

[5.5. A Convenção de Genebra](#)

[6. Direitos humanos e Direito Internacional](#)

[6.1. Os direitos humanos na ordenação internacional](#)

[6.1.1. Sobre tratados](#)

[6.2. O processo de formação e incorporação de tratados internacionais no direito brasileiro](#)

[7. Status normativo dos tratados de direitos humanos](#)

[7.1. Os tratados internacionais de direitos humanos antes da Emenda Constitucional n. 45/2004](#)

[7.2. A emenda constitucional n. 45/2004](#)

[7.2.1. A atual posição do STF sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos](#)

[7.2.2. O histórico voto do Ministro Celso de Mello no RE n. 466.343](#)

[7.2.3. Outras decisões do STF](#)

[7.3. O art. 5º, § 1º, da Constituição Federal e a incorporação de tratados internacionais de direitos humanos pelo ordenamento jurídico nacional](#)

[8. A proteção dos direitos humanos no Brasil](#)

[8.1. Prevalência dos direitos humanos](#)

[8.2. Instrumentos de proteção dos direitos humanos](#)

[9. O Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos](#)

[9.1. Precedentes](#)

[9.1.1. A Carta das Nações Unidas](#)

[9.1.2. A estrutura da ONU](#)

[9.1.3. Declaração Universal dos Direitos do Homem](#)

[9.2. Estrutura normativa global](#)

[9.2.1. Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos](#)

[9.2.2. Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais](#)

[9.3. Sistema especial de proteção](#)

[9.3.1. Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial](#)

[9.3.2. Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes](#)

[9.3.3. Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio](#)

[9.3.4. O Tribunal Penal Internacional](#)

[10. O Sistema Regional de Proteção dos Direitos Humanos](#)

[10.1. Precedentes](#)

[10.2. O Sistema Europeu](#)

[10.3. O Sistema Africano](#)

[10.4. O Sistema Interamericano](#)

[10.4.1. Convenção Americana de Direitos Humanos](#)

[10.4.2. O Protocolo de São Salvador](#)

[11. O Sistema Brasileiro de Proteção dos Direitos Humanos](#)

[11.1. Precedentes](#)

[11.2. Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988](#)

[11.3. Hipóteses de restrição a direitos fundamentais previstas na Constituição Federal](#)

[11.4. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares](#)

[11.4.1. Terminologias existentes na doutrina](#)

[11.4.2. Fundamentação constitucional](#)

[11.4.3. Modelos de aplicabilidade](#)

[12. O princípio da dignidade](#)

[12.1. A dignidade da pessoa humana](#)

[12.2. Concepções sobre a dignidade](#)

[12.3. Modalidades de eficácia](#)

[12.4. Natureza jurídica da dignidade da pessoa humana: princípio, na acepção de Robert Alexy](#)

1 INTRODUÇÃO

1.1. DIREITOS HUMANOS, CONCEITO

Há um traço de brutalidade na personalidade humana, herança de um instinto animal que a civilização ainda não foi capaz de eliminar.

Consciente ou inconscientemente, homens de todos os povos seguem a cartilha da crueldade, seja para com os semelhantes, pilhando-os e até causando-lhes a morte, seja para com os que lhes parecem inferiores, escravizando-os e destruindo-lhes mais do que a vida, mas a própria cultura e identidade.

Para combater esse estado de coisas é que existe a educação: para tirar do homem os resquícios de sua condição primitiva. Um dos fatores mais relevantes dos últimos séculos, no sentido de refinar o comportamento do homem, em sociedade, foram, precisamente, os direitos humanos.

A expressão direitos humanos representa, em sentido amplo, o conjunto das atividades realizadas de maneira consciente, com o objetivo de assegurar ao homem a dignidade e evitar que passe por sofrimentos. Esta é a opinião de Carlos Santiago Niño, no livro *Ethics of Human Rights*. Para chegar a esta concepção contemporânea, no entanto, o homem precisou percorrer um longo caminho de lutas, até entre irmãos, quase sempre causadas pelo desejo do lucro ou do poder. Por isso mesmo é que se tornou uma convenção moderna considerar que somente em nações democráticas é possível existirem os direitos humanos, até porque um

governo autoritário transforma-se muito facilmente em opressor.

A concepção atual de direitos humanos é de formulação recente: foi, internacionalmente, estabelecida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, pouco depois da Segunda Guerra Mundial, quando a humanidade horrorizou-se com as crueldades cometidas pelos partidários do nazismo.

Os três primeiros artigos da Declaração sintetizam o que se considera fundamental para a humanidade: que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos, são dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade; que toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos na Declaração, sem distinção de qualquer espécie (raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição); e que toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Essa declaração foi ratificada pela Declaração dos Direitos Humanos de Viena em 1993. Nessa conferência mundial, os direitos humanos e as liberdades fundamentais foram declarados direitos naturais de todos os seres humanos.

A Declaração de Viena avançou, em relação à Declaração Universal, ao definir que a proteção e promoção dos direitos humanos são responsabilidades primordiais dos Governos. Mais do que isso, as normas de direito internacional de proteção aos direitos humanos consideram que todas as pessoas devem ter seus direitos protegidos,

não podendo haver qualquer distinção entre nacionais e estrangeiros.

Portanto, podemos resumir, como direitos que pertencem à pessoa humana, independentemente de leis, estes: vida, liberdade, igualdade e segurança pessoal. São direitos universais (titularizados por todo e qualquer ser humano) e indivisíveis.

Terminologia - Muito se discute sobre qual a expressão correta para se designar direitos humanos. De modo geral, atualmente se usam com mais frequência as seguintes expressões: direitos humanos, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas, direitos fundamentais e direitos fundamentais do homem ou direitos humanos fundamentais.

“Direitos humanos” é a terminologia normalmente empregada em direito internacional, sendo a forma encontrada em diversos tratados e declarações. Liga-se à ideia de proteção do ser humano, em suas múltiplas facetas. A crítica de sua utilização fica por conta de que não há direito que não seja humano, pois somente o homem pode ser titular de direitos, o que tornaria a expressão redundante. Mas a crescente proteção aos animais diminui a força de tal crítica. Além disso, é forçoso reconhecer que se trata de expressão utilizada em diversos dispositivos constitucionais, e “humanos”, na expressão, não se refere à titularidade do direito, mas ao bem protegido.

“Direitos individuais” é expressão que se relaciona com a origem histórica desses direitos. Critica-se sua utilização porque nem todos os direitos fundamentais são propriamente individuais, mas apenas os surgidos no bojo das declarações do

século XVIII. Não obstante, nossa Constituição adotou a terminologia no Capítulo I do Título II, abarcando com ela os direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Estes, portanto, podem ser ditos verdadeiros – e em sentido técnico – direitos individuais em face de nosso ordenamento positivo.

A expressão “Direitos públicos subjetivos” aponta para a ideia de pretensão do indivíduo em face do Estado, e com isso traz a noção de abstenção do Estado em face do particular. Padece, sob o ponto de vista crítico, da mesma falha da expressão anterior, dado o sentido individualista de sua concepção. Além disso, não faz referência ao papel positivo do Estado na efetivação dos direitos fundamentais. Mas tem o mérito de afastar qualquer inferência no sentido de que estes possuam apenas um dito valor moral.

Liberdades fundamentais e liberdades públicas, de modo geral, estão ligadas à tradicional formulação de direitos públicos subjetivos. Daí que a elas se aplicam a mesma crítica apontada acima. Saliente-se que “liberdades públicas” é expressão amplamente utilizada na França para designar os direitos tidos por nossa Constituição como individuais. Tais expressões, em suma, não sintetizam com precisão o atual estado da evolução dos direitos fundamentais.

Por fim, temos direitos fundamentais e direitos fundamentais do homem ou direitos humanos fundamentais. São as terminologias empregadas no Título II de nossa Constituição. José Afonso da Silva sustenta ser “direitos fundamentais do homem” a expressão mais adequada, eis que é expressão que engloba não apenas a noção histórica desses direitos, situando-os em face da positivação ocorrida

em cada ordenamento em particular (e, com isso, dotando-se da generalidade que todo conceito deve possuir), como, também, faz referência direta ao ser humano e a tudo quanto seja indispensável para sua vida digna. Nesse sentido, encontra correspondência com a aceção adotada nas declarações de direito internacionais.

Na doutrina alemã, distingue-se direitos fundamentais de direitos humanos: direitos fundamentais seriam os direitos humanos reconhecidos como tais pelo Estado, ou seja, seriam os direitos humanos positivados (principalmente nas Constituições).

A diferença entre direitos fundamentais e direitos humanos, portanto, residiria na positivação daqueles, de modo que podemos apontar a identificação dos direitos fundamentais com uma concepção positivista dos direitos, ao passo que os direitos humanos estão iluminados por uma concepção jusnaturalista.

Há, ainda, quem faça referência a direitos do homem, de inspiração notadamente jusnaturalista, a abranger direitos naturais ainda não positivados nem mesmo em âmbito internacional. A expressão é de pouco uso, mormente porque muitos apontam nela um cunho machista, pois se baseia no gênero masculino para designar toda a humanidade.

Características - A doutrina, em geral, faz referência a quatro características dos direitos fundamentais:

- 1) *historicidade*: decorrem das condições materiais e culturais de uma época. Nesse sentido, equivocada a concepção do jusnaturalismo, segundo a qual são atemporais e fixos. Pelo contrário: são

fruto da evolução histórica de cada povo – daí não serem os mesmos em todas as partes do mundo;

2) *inalienabilidade*: são direitos indisponíveis e, portanto, não podem ser objeto de quaisquer negociações;

3) *imprescritibilidade*: os direitos fundamentais não se sujeitam à prescrição, isto é, veda-se ao legislador que estipule prazo para o exercício do direito de ação com vistas a preservá-los;

4) *irrenunciabilidade*: não pode o particular renunciar aos direitos fundamentais de que é titular. Pode, todavia, optar por não exercê-los em determinadas situações (renúncia ao exercício).

Há, também, quem afirme serem universais, no sentido de serem titularizados por todos os seres humanos, e relativos, pois ligados ao contexto histórico em que foram positivados.

Quadro sinótico

DIREITOS HUMANOS	
Concepção contemporânea	Atitudes que levam ao respeito integral da dignidade humana, evitando sofrimentos.
Quais são esses direitos	Vida, liberdade, igualdade e segurança pessoal.
Convenções internacionais	Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Declaração dos Direitos Humanos de Viena, 1993.
Características	São direitos universais e indivisíveis. Também são históricos, inalienáveis, imprescritíveis, irrenunciáveis e relativos.

1.2. VERTENTES DOS DIREITOS HUMANOS

Vimos que a Segunda Guerra Mundial foi, em grande parte, responsável pela preocupação mundial com os direitos humanos. Em verdade, o objetivo inicial das discussões que se seguiram ao conflito foi de, estabelecida a paz, regulamentar a situação de pessoas que buscavam asilo ou refúgio em outros países.

Os reflexos da guerra prosseguiram e consideráveis contingentes eram tratados com desumanidade em seus países de origem. Por outro lado, tropas militares internacionais continuaram a ocupar regiões em que ainda havia focos de resistência ao fim do conflito ou à ideologia dos vencedores.

Para promover atendimento humanitário tanto a civis quanto a militares, vários tratados foram

elaborados, como mencionado adiante.

É importante observar que o conceito de direitos humanos foi discutido, durante muito tempo, por especialistas que divergiam ligeiramente em suas opiniões. Segundo o pesquisador Régis Coppini Meirelles de Lima, no livro *Estudos e debates em direitos humanos*, consideram-se os direitos humanos em duas categorias: *lato sensu* e *stricto sensu*. Os direitos humanos *stricto sensu* são aqueles garantidos em tempos de paz, como já visto no quadro sinótico acima. Os direitos humanos *lato sensu* são, além dos já mencionados, estes três: direito de asilo, direito dos refugiados e direito humanitário. Em verdade, trata-se de precursores do complexo sistema internacional de proteção do ser humano que viria a surgir a partir de meados do século XX.

1.2.1. PRIMEIRA VERTENTE: DIREITO DE ASILO

No Ocidente, a Igreja da Idade Média tinha tal força que uma pessoa refugiada num mosteiro, abadia ou convento estava fora do alcance de qualquer perseguidor, fosse este súdito ou rei.

Esse caráter de território sagrado acabou, com o tempo, sendo estendido também às representações diplomáticas, como embaixadas, que ganharam *status* de inviolabilidade. O direito de asilo, modernamente, divide-se em duas categorias – asilo territorial e asilo diplomático.

O documento que rege as condições para a concessão de asilo entre países da América Latina é a Convenção sobre Asilo Diplomático de Caracas, de 1954 (que serviu de base para a Declaração sobre Asilo Territorial da ONU, de 1967).

A principal condição é que o solicitante seja perseguido por motivos políticos e não tenha cometido crimes contra a paz, crimes de guerra ou crimes contra a humanidade. O asilo é temporário e serve para garantir a segurança dessa pessoa diante da ameaça dos perseguidores. No Brasil, no chamado Estatuto do Estrangeiro, o tema do asilo político é tratado nos arts. 28 e 29.

1.2.2. SEGUNDA VERTENTE: DIREITO DOS REFUGIADOS

Em consequência dos resquícios bélicos pós-Segunda Guerra Mundial e das guerras de independência que se seguiram, populações inteiras foram deslocadas.

Em 28 de julho de 1951, a ONU promulgou a Convenção que trata do Estatuto dos Refugiados. A intenção do documento era levar os países a acolher e proteger pessoas que, em sua terra de origem, fossem perseguidas em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação a certo grupo social ou das suas opiniões políticas.

Segundo a Convenção, o refugiado obedecerá às leis do país que lhe oferecer refúgio e terá direito a não ser discriminado quanto a raça, religião ou país de origem, podendo continuar a residir no país asilante.

No Brasil, a Lei n. 9.474, de 1997, regulamenta procedimentos nacionais relativos ao Estatuto dos Refugiados.

1.2.3. TERCEIRA VERTENTE: DIREITO HUMANITÁRIO

As raízes do direito humanitário são encontradas na situação mundial pós-Primeira Grande Guerra,

em que combatentes e mesmo civis foram vítimas de crueldades extremas.

Quando as atrocidades se repetiram na Segunda Guerra Mundial, diversos países decidiram elaborar a Convenção de Genebra, em 1949. Foram quatro convenções: Convenção para a Melhoria da Sorte dos Feridos, Enfermos e dos Exércitos em Campanha; Convenção para a Melhoria da Sorte dos Feridos, Enfermos e Náufragos das Forças Armadas no Mar; Convenção para a Proteção dos Prisioneiros de Guerra e Convenção para a Proteção dos Civis em Tempos de Guerra. Dois protocolos foram acrescentados, em 1977. Esse conjunto de acordos ficou conhecido como a Convenção de Genebra.

Ao estabelecer regras, entre outras, para o tratamento de prisioneiros de guerra e da população civil dos países em conflito, visando, sempre, a assegurar os direitos fundamentais, o Direito Humanitário constituiu uma clara regulamentação jurídica do emprego da violência no âmbito internacional, representando, pois, uma limitação internacional à atuação dos Estados perante o indivíduo protegido.

Vertentes dos direitos humanos

Direito de asilo - Convenção sobre Asilo Diplomático de Caracas, de 1954

Direito dos refugiados - Estatuto da ONU sobre os Refugiados, de 1951

Direito humanitário - Convenção de Genebra, de 1949

1.3. DIMENSÕES DOS DIREITOS HUMANOS

Outra consideração a fazer, na análise da evolução histórica do conceito dos direitos humanos, diz

respeito às dimensões dos direitos fundamentais, terminologia lançada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, no livro *Direitos humanos fundamentais*. Segundo ele, a história registra três marcos dos direitos fundamentais do homem.

Liberdades públicas – obtidas principalmente a partir de dois eventos, que foram a Independência norte-americana e a Revolução Francesa. A importância desses dois movimentos foi o estabelecimento formal das liberdades e direitos subjetivos, cujo reconhecimento limita a atuação do Estado (na época considerado inimigo das liberdades públicas). No Brasil, a Constituição de 1988 registra as liberdades públicas no art. 5º.

Direitos econômicos e sociais – o fim da Primeira Guerra Mundial levou o mundo a repensar as relações sociais do homem, considerando as questões econômicas. A Constituição alemã de 1919 (Constituição de Weimar) é tida como o fato histórico que levou o mundo a definir condições jurídicas mínimas que assegurassem a independência social do indivíduo.

Direitos de solidariedade – a criação da Organização das Nações Unidas e o subsequente lançamento da Declaração Universal dos Direitos do Homem representam a afirmação total dos direitos humanos, no mundo contemporâneo. Nesse documento foram inseridos todos os conceitos de direitos humanos, tanto de primeira quanto de segunda geração, como veremos a seguir (os direitos humanos de terceira geração só foram introduzidos em 1979).

O termo dimensões – Os direitos fundamentais não foram reconhecidos todos de uma vez. Muito

pelo contrário: foram sucessivas lutas sociais que conduziram à consagração de cada um deles.

A historicidade, uma de suas características, diz precisamente com a identificação desses direitos como conquistas históricas em face do Estado, ora repelindo suas ameaças, ora compelindo-o a atuar em prol de seus cidadãos.

Assim é que a cada grande revolução observada no curso da história corresponde certa natureza de conquistas, o que se reflete, do ponto de vista jurídico, na consagração, em documentos escritos, de certa espécie de direitos ou garantias.

A história da humanidade revelou a existência de conjuntos de direitos fundamentais com diferentes conteúdos, eficácias e titulares. Tratou-se de um reconhecimento progressivo, marcado, em cada época, pelo contexto histórico subjacente.

Fala-se, então, em fases ou, mais frequentemente, em gerações de direitos fundamentais ou direitos humanos. Nos últimos anos, entretanto, parte considerável da doutrina passou a criticar o termo “geração” para designar as diferentes etapas das conquistas acima referidas. Isso porque o termo remete a uma ideia de superação, de sucessão e mesmo de negação de uma geração por outra, o que não corresponde à realidade.

Em verdade, as diferentes gerações de direitos humanos representam consagrações cumulativas, isto é, remetem apenas à sucessão temporal – mais ou menos precisa – em que cada conjunto de direitos de natureza semelhante foi reconhecido.

Na atualidade, a análise dos direitos fundamentais não pode ser compartimentada ou estanque: todos eles formam um único sistema que, em última análise, visa a garantir a plena proteção da

dignidade da pessoa humana. Daí a doutrina ter dado preferência, nos últimos anos, aos termos “fases” ou “dimensões” de direitos fundamentais.

A questão, no fundo, é terminológica, eis que, na ampla maioria dos casos, os autores chamam de “geração” ou “dimensão” o mesmo conjunto de direitos, criticando apenas o teor semântico do termo utilizado, que poderia conduzir a equívocos.

A classificação atende mais a fins didáticos que propriamente sistemáticos. À luz da nossa Constituição, o termo pelo qual se designam as etapas de conquistas dos direitos humanos é irrelevante: a Constituição acolhe a totalidade deles, constituindo, nesse campo, um sistema harmônico.

Dimensões dos direitos humanos

Liberdades públicas - Independência dos Estados Unidos da América (1776) e Revolução Francesa (1789)

Direitos econômicos e sociais - fim da Primeira Guerra Mundial (1919) e Constituição alemã (1919)

Direitos de solidariedade - criação da ONU (1945) e lançamento da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948)

1.4. EVOLUÇÃO DO CONCEITO NO TEMPO

Como visto os direitos fundamentais têm sido classificados numa ordem cronológica, representada por acontecimentos históricos marcantes. Fala-se em direitos humanos ou fundamentais de primeira geração, de segunda geração e de terceira geração.

1.4.1. DIREITOS HUMANOS DE PRIMEIRA GERAÇÃO (LIBERDADE)

Consideram-se, nessa primeira geração, as tentativas de limitação do poder do Estado (quase

sempre representado pelo rei). Os direitos humanos de primeira geração constituem a defesa do indivíduo diante do poder do Estado, e definem as situações em que o Estado deve se abster de interferir em determinados aspectos da vida individual e social. São as chamadas liberdades públicas negativas ou direitos negativos, eis que implicam a não interferência do Estado.

Na tradição do constitucionalismo brasileiro, foram denominados de direitos individuais e constituem, segundo muitos, o núcleo dos direitos fundamentais. Decorrem da proteção à liberdade.

Os direitos humanos de primeira geração, de caráter individualista, embora tenham por inspiração a Magna Carta, surgiram efetivamente com a doutrina liberal, no século XVIII, quando passaram a ser previstos em leis e nas Constituições.

O liberalismo tinha por base as ideias de John Locke, segundo as quais os homens não estavam condenados à imobilidade social por determinação de nascimento. Locke dizia que, se não era Deus quem definia a posição social, a estrutura social não precisava ser eterna, e o homem podia alterá-la.

A Magna Carta inglesa, de 1215, constitui um grande marco no estabelecimento de direitos e garantias individuais, ainda que restrito a apenas uma parcela da sociedade da época. Mas o movimento mais marcante foi a Revolução Francesa de 1789, que levou à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. A revolução norte-americana de 1776, na luta pela independência da Inglaterra, constitui outro marco importante.

Em suma, os direitos fundamentais de primeira geração implicam, via de regra, uma abstenção do Estado, conferindo aos indivíduos um direito de

oposição contra as atuações dele. Temos aí, principalmente, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade (perante a lei, e não na lei, é dizer, trata-se aqui da igualdade meramente formal). Também integram essa geração os chamados direitos políticos, de modo que é praxe dizer que a primeira geração compreende os direitos civis e políticos, além de algumas garantias, como o direito de petição e o *habeas corpus*.

Titularidade dos direitos de primeira geração na Constituição Brasileira – O art. 5º, *caput*, da CF, assegura os direitos individuais e coletivos apenas “aos brasileiros e estrangeiros residentes no País”, deixando desprotegidos, em uma primeira e superficial leitura, os apátridas e os estrangeiros que não residam no Brasil, o que é incompatível com toda a evolução dos direitos humanos ao longo da história.

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, não cabe uma interpretação literal do texto, uma vez que as liberdades públicas reconhecem-se a todos, nacionais e estrangeiros.

José Afonso da Silva, em sentido contrário, diz que a proteção do estrangeiro não residente face a atuação do Estado brasileiro decorre de tratados internacionais firmados pelo país, incorporados ao nosso ordenamento por força do disposto no art. 5º, § 2º, da CF, não sendo resultado de aplicação do preceito constitucional em comento, o que, se ocorresse, retiraria o sentido da restrição ali mencionada.

Além disso, ainda que, em princípio, os direitos individuais sejam de titularidade apenas das pessoas físicas, pode-se ver no texto constitucional que vários deles são também estendidos a pessoas

jurídicas nacionais e estrangeiras que atuem no Brasil: por exemplo, os princípios da isonomia e da legalidade e o direito de propriedade.

Também não se deve estender aos “estrangeiros residentes no País” apenas os direitos e garantias assegurados no art. 5º da Constituição Federal. São eles titulares também dos direitos sociais, em especial os trabalhistas.

De acordo com a jurisprudência do STF, referido dispositivo constitucional tem como destinatários (não expressos) os estrangeiros não residentes, os apátridas e as pessoas jurídicas.

Revolução Francesa de 1789 - foi o maior movimento político e social já ocorrido em todo o mundo. Encerrou na Europa a sociedade feudal e inaugurou a Idade Moderna.

A revolução almejava promover reformas políticas que melhorassem a condição econômica dos franceses, fazendo com que todos fossem iguais perante a lei. Queriam estabelecer a divisão dos poderes, como pregou Montesquieu no livro *O Espírito das Leis*, ficando o Executivo fiscalizado pelo legislativo e suas ações também sujeitas ao crivo do Judiciário, todos independentes entre si. Ao mesmo tempo, o Estado, separado da Igreja, ofereceria educação, saúde e segurança para a população, que se tornaria as decisões políticas por meio de representantes eleitos.

No dia 14 de julho de 1789, o povo se reuniu em manifestação diante da fortaleza da Bastilha, símbolo do poder monárquico. Com a queda da Bastilha, caiu a monarquia francesa, encerrando-se, assim, o Antigo Regime naquele país. Foi formada uma Assembleia Nacional Constituinte, para elaborar a Constituição. Uma comissão de deputados

escreveu seu preâmbulo, sintetizando os ideais da revolução. Esse texto foi aprovado em sessão da Assembleia Constituinte de 26 de agosto de 1789, e chamou-se *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*. É considerado o documento básico de direitos humanos na história ocidental, eis que trouxe a garantia de direitos iguais para todos os cidadãos e permitia participação política ao povo.

Revolução norte-americana de 1776 - a Revolução Francesa serviu de inspiração para muitos países que iniciavam movimentos de independência, entre eles os Estados Unidos da América.

Em 12 de junho de 1776 o povo da colônia de Virgínia divulgou um documento, escrito por Thomas Jefferson, que seria precursor da Declaração de Independência, esta divulgada em 4 de julho seguinte, data em que se comemora o Dia da Independência dos Estados Unidos da América.

Na Declaração de Independência dos Estados Unidos surge pela primeira vez a afirmação do “direito à vida”, que só voltaria a aparecer no século XX. Também está expressamente consignado no documento que o poder deve repousar sobre o consentimento dos governados. É importante notar que a Declaração de Virgínia traz o reconhecimento de direitos inatos de toda pessoa humana e também o princípio de que todo poder emana do povo e em seu nome é exercido. Afirma os princípios da igualdade de todos perante a lei, rejeitando privilégios e hereditariedade dos cargos públicos.

A chamada Constituição norte-americana foi a primeira do mundo. As dez primeiras emendas feitas a ela são chamadas *Bill of Rights*, pois enumeram os direitos básicos dos cidadãos norte-americanos

perante o poder do Estado. Foi aprovada na Convenção Constitucional da Filadélfia e oficializada em 1789.

A Constituição americana é o marco fundante do constitucionalismo moderno. Representa uma das mais importantes revoluções burguesas, movimento iniciado na Inglaterra em 1688 e que culminaria na França em 1789. Mas tem raiz na Magna Carta de 1215, na qual já estavam presentes elementos essenciais do constitucionalismo, como a limitação do poder do Estado e a declaração dos direitos fundamentais para a pessoa humana.

Diferença entre direitos e garantias fundamentais - O capítulo pertinente da Constituição de 1988 está sob o Título II, “Dos direitos e garantias fundamentais”, o que traz a indagação sobre a natureza e a distinção entre direitos e garantias fundamentais.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho aduz que as garantias constituem, por si sós, direitos fundamentais, o que, a nosso ver, coloca em xeque a utilizada distinção teórica entre os conceitos, que, então, seriam intercambiáveis, como, aliás, também aponta José Afonso da Silva.

De qualquer forma, a Constituição se refere a “direitos e garantias”. Pode-se, como muitos fazem em sede doutrinária, apontar que os direitos são bens ou vantagens acolhidos pelo texto constitucional, ao passo que as garantias são os instrumentos, também previstos na Constituição, para colocar em prática ou assegurar os direitos. Não vislumbramos utilidade na distinção.

1.4.2. DIREITOS HUMANOS DE SEGUNDA GERAÇÃO (IGUALDADE)

O marco para o surgimento da noção de direitos humanos de segunda geração foi a Revolução Industrial. O mundo ocidental implantava métodos e procedimentos baseados na mecânica e na produção em série. Com isso, a recém-formada classe dos trabalhadores passou a exigir direitos sociais que consolidassem o respeito à dignidade.

Seu reconhecimento e sua proteção são fruto principalmente das reivindicações dos movimentos socialistas iniciadas na primeira metade do século XIX. Com efeito, as riquezas geradas pelo desenvolvimento do capitalismo a partir do século XVIII não se estenderam a todas as classes sociais; pelo contrário, o sistema capitalista encetou em seus diversos ciclos à produção de um número cada vez maior de excluídos da sociedade.

Em verdade, essa segunda dimensão ou geração é, em parte, consequência das limitações da primeira. Isso porque mesmo todos os direitos de liberdade são insuficientes à proteção do ser humano em uma sociedade desigual. O liberalismo, todavia, em sua acepção clássica, ignora essas particularidades para simplesmente afirmar que a todos deve ser assegurada a liberdade.

Essa segunda geração de direitos fundamentais visa, então, a assegurar a igualdade entre os seres humanos. Falamos aqui da chamada igualdade material, e não da igualdade meramente formal, cuja proteção já fora alcançada na primeira geração de direitos. Sendo essa a finalidade, implicam necessariamente uma atuação estatal no sentido de diminuir as desigualdades existentes e, também, de fomentar condições para que todos tenham as mesmas oportunidades e vivam em condições dignas.

Nesse sentido, são completamente distintos dos direitos de primeira geração, que constituem uma salvaguarda, um óbice à intromissão do Estado na esfera individual, ou, em outras palavras, implicam uma omissão estatal – os direitos de segunda geração, de seu turno, possuem uma dimensão positiva ou prestacional.

Pode-se apontar como natureza jurídica dos direitos sociais e econômicos, portanto, a de direitos subjetivos de exigir prestação concreta por parte do Estado, o qual, via de consequência, deverá instituir os serviços públicos respectivos.

Também fazem parte dessa geração ou dimensão as chamadas “liberdades sociais”, como o direito de greve e a liberdade de sindicalização, entre outros direitos dos trabalhadores (direito de férias, de descanso semanal remunerado etc.). Como se vê, ainda que a dimensão positiva ou prestacional seja a nota característica dos direitos dessa geração, nem todos eles a possuem, o que evidencia, uma vez mais, se tratar de categorização eminentemente didática.

Três marcos fundamentais para o estabelecimento dos direitos humanos de segunda geração foram a Revolução Mexicana de 1917, a Revolução Russa de 1918 e a Constituição da República de Weimar, em 1919.

Constituição mexicana de 1917 – resultou da Revolução Mexicana, que durou várias décadas. Foi uma Constituição moderna para a época, pela abordagem que faz de temas sociais, religiosos e educacionais. Foi a primeira a contemplar a reforma agrária. Entre suas normas fundamentais, destacam-se:

- garantias de direitos individuais de todos os tipos de pessoas, sem discriminação de classe social ou categoria econômica;
- proibição da escravidão;
- educação laica para escolas públicas e particulares;
- liberdade de trabalho;
- liberdade de imprensa;
- liberdade de crença, proibindo porém qualquer ato de culto fora dos templos ou casas particulares;
- princípio da soberania nacional;
- divisão do poder supremo da Federação em três ramos: legislativo, executivo e judiciário;
- instituição do “juízo de amparo”, um instrumento de defesa do particular contra o poder público que deu origem, mais tarde, ao chamado mandado de segurança (também inspirado no *writ* do direito norte-americano);
- bases do livre município;
- sistema de defesa da classe trabalhadora.

Revolução russa de 1917 - considerada tão importante para o século XX como a Revolução Francesa foi para o século XVII, no tocante aos direitos humanos.

O povo russo encontrava-se irresignado com o sistema capitalista, que fazia a nobreza e a burguesia cada vez mais ricas e os trabalhadores (80% da população, à época cerca de 100 milhões de pessoas), cada vez mais pobres.

As ideias de Karl Marx e Friedrich Engels, no Manifesto Comunista, publicado em 1848, apresentavam sugestões econômicas e políticas para uma nova configuração da sociedade: em resumo breve, eliminar as classes sociais e tratar a todos com igualdade.

Consideravam que capitalismo não era o sistema ideal, pois se baseava na concentração de renda nas mãos de proprietários, do mesmo modo que os sistemas medievais. Por isso pregavam a necessidade de implantação do que chamaram de ditadura do proletariado.

Para chegar ao controle, o proletariado deveria gradualmente aumentar a participação na sociedade capitalista, por meio de sindicatos e de partidos operários, até chegar ao ponto de assumir o poder por meio da revolução.

Marx e Engels defendiam o fim do capital e o fim do lucro – a produção coletiva seria distribuída para todos os cidadãos, pelo Estado socialista. As bases do pensamento marxista foram detalhadas mais tarde no livro *O capital*.

O czar Nicolau II assumiu o trono em 1894, quando o socialismo atraía os operários, decepcionados com a exploração a que estavam submetidos. Depois de diversos conflitos sangrentos, finalmente, a 25 de outubro de 1917, o povo foi para as ruas e proclamou um conselho de governo chamado Comissariado, chefiado por Lênin. Este criou o Partido Comunista, assumiu o governo e suspendeu a participação das tropas russas na Primeira Guerra Mundial.

No dia 17 de janeiro de 1918 foi promulgada a primeira Constituição soviética, que acabava com a propriedade privada e determinava a intervenção do Estado em todas as esferas.

A República de Weimar – em 1890, o rei Guilherme II da Prússia colocou em marcha um plano para equiparar a Alemanha às grandes potências europeias. Estabeleceu colônias em Togo e Camarões, que passaram a chamar-se África

Oriental Alemã. Com isso, obteve recursos, e a Alemanha consolidou o sistema bancário, desenvolveu a indústria, implantou malha ferroviária importante e tornou-se centro de comércio exportador.

Os trabalhadores se organizaram em sindicatos e ganharam força, passando a exigir do rei Guilherme II que transformasse a Alemanha em potência mundial. O rei apostou no desenvolvimento e na produção de equipamentos militares e, com isso, atraiu a Áustria para a sua esfera de poder. Estava criada a República de Weimar, em honra à cidade da Saxônia onde foi elaborada e assinada a Constituição. Weimar foi a primeira República alemã.

Esse consórcio de países foi importante porque foi ele que combateu os países aliados, na Primeira Guerra Mundial. Nos quatro anos de guerra, morreram mais de 10 milhões de pessoas e outros 30 milhões ficaram feridos. Tantos horrores foram cometidos que, ao terminar a guerra, o império conhecido como a República de Weimar foi desfeito e a Alemanha, responsabilizada, teve que assinar o Tratado de Versalhes, em 28 de junho de 1919.

Esse tratado foi tão severo com a Alemanha que concorreu para a deflagração da Segunda Guerra Mundial, em 1939, pelo governo nazista de Adolf Hitler.

É desnecessário lembrar os horrores causados pelo radicalismo dos nazistas, mas fique registrado que foi com o final da Segunda Guerra Mundial que ocorreu o fenômeno social da multiplicação e da universalização dos direitos do homem, consolidados na Declaração Universal proclamada pela ONU em 1948.

1.4.3. DIREITOS HUMANOS DE TERCEIRA GERAÇÃO (FRATERNIDADE)

Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior dão a seguinte definição de direitos humanos de terceira geração: “constituem-se basicamente de direitos difusos e coletivos. Em regra, revelam preocupações com temas como meio ambiente, defesa do consumidor, proteção da infância e da juventude e outras questões surgidas a partir do desenvolvimento industrial e tecnológico, como autodeterminação informativa e direitos relacionados à informática de modo geral”.

Na realidade, foi Karel Vazak, na abertura dos cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, quem reconheceu a existência da terceira geração dos direitos humanos.

Direitos dessa geração encontram-se consagrados por diversos documentos internacionais, como a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (1981) e a Carta de Paris para uma Nova Europa (1990).

São chamados de direitos de fraternidade ou de solidariedade. Os principais são o direito à paz, ao desenvolvimento, ao patrimônio, à autodeterminação dos povos, à comunicação e ao meio ambiente.

Essa categoria de direitos diferencia-se das demais principalmente do ponto de vista da titularidade, que, no caso, é difuso ao da coletiva, ao passo que os direitos civis e políticos e os direitos sociais, econômicos e culturais são titularizados por indivíduos.

A humanidade alcançou um patamar tecnológico em que é possível uma única nação extirpar a espécie da face da Terra. Trata-se do aparato

nuclear existente nas grandes potências. O incremento populacional e o capitalismo baseado na produção em massa, por outro lado, conduzem progressivamente à extenuação do meio ambiente, colocando também a existência da espécie humana em risco. Tais problemas já não podem ser resolvidos sob o prisma individualista que norteou as grandes revoluções burguesas e toda a sistematização normativa que delas derivou.

Isso porque não decorrem de condutas individuais. Pelo contrário: é a repetição em massa de determinados comportamentos que têm representado o maior risco para o meio ambiente e para a qualidade de vida dos seres humanos.

A solução, portanto, apenas poderia vir da generalização ou da abstração da proteção então existente. É essa a gênese desta terceira geração de direitos, a qual, vale ressaltar, não se encontra positivada em todas as Constituições do mundo ocidental, estando ainda a ser construída em âmbito internacional, como demonstra a crescente edição de tratados internacionais sobre o tema.

A terceira geração de direitos fundamentais da Constituição brasileira - No caso brasileiro, diversos desses direitos encontram proteção em âmbito constitucional.

O direito à paz foi erigido a princípio da República Federativa do Brasil nas suas relações internacionais (art. 4º, VI). Em âmbito regional, também a busca pela integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina decorre da consagração desse direito (art. 4º, parágrafo único).

A proteção ao meio ambiente, por sua vez, ganhou destaque na Constituição Federal de 1988, sendo objeto de capítulo próprio no Título VIII (Da Ordem

Social). O art. 225 faz referência ao direito difuso, titularizado por todos, a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, sendo dever do Poder Público e da coletividade defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

O direito ao desenvolvimento, por fim, é um dos objetivos fundamentais de nossa República (art. 3º, II).

Parte da doutrina ainda inclui nessa terceira geração as garantias contra manipulações genéticas, o direito de morrer com dignidade ou, ainda, o direito à mudança de sexo – todos eles, entretanto, estão intimamente ligados à dignidade da pessoa humana e, assim, ao direito à vida e à liberdade, constituindo, portanto, direitos típicos da primeira geração (direitos de liberdade), cuja proteção se fez necessária atualmente em decorrência do desenvolvimento tecnológico.

O ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, em lúcido voto proferido no MS 22.164-0/SP (j. 30-10-1995, *DJ* 17-11-1995), sintetiza essas categorias de direitos fundamentais:

Enquanto 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.

Quadro sinótico – Gerações de direitos humanos

GERAÇÃO	CARACTERÍSTICAS	INSPIRAÇÃO
Direitos humanos de primeira geração (liberdade)	Individualista – limitavam o poder do Estado e defendiam o indivíduo diante do poder do soberano. (Mais tarde, no século XIX, apareceria também a noção de direitos individuais exercidos coletivamente na forma de liberdades públicas.)	<ul style="list-style-type: none"> – Magna Carta – John Locke e a doutrina liberal – Montesquieu e O Espírito das Leis – Revolução norte-americana – Revolução Francesa e Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão
Direitos humanos de segunda geração (igualdade)	Individual/Estatual – o Estado era obrigado a interferir na economia, para evitar injustiças cometidas pelo capitalismo. Com isso, surgiram os direitos sociais, econômicos e culturais	<ul style="list-style-type: none"> – Revolução Industrial – Revolução Mexicana de 1917 – Revolução Russa de 1918 – Constituição da República de Weimar,

	culturais.	em 1919 - Declaração Universal dos Direitos do Homem, 1948
Direitos humanos de terceira geração (fraternidade)	Coletivo - direitos de solidariedade (paz, desenvolvimento, patrimônio, autodeterminação dos povos, comunicação e meio ambiente) - direitos difusos e coletivos (meio ambiente, proteção da infância e juventude e defesa do consumidor, entre outros)	- Karel Vazak - Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos - Carta de Paris para uma Nova Europa

1.5. CRÍTICA À TEORIA DAS GERAÇÕES

Já mencionamos que atualmente há certo consenso quanto à conveniência do uso do termo “dimensões” em lugar de “gerações”, vez que esta implica ideia de superação, de negação de direitos anteriores pelos mais atuais. “Dimensões”, por outro lado, expressaria com maior acuidade a necessária complementariedade entre todos os direitos fundamentais.

Nos últimos anos, todavia, setores consideráveis da doutrina vêm insurgindo contra a categorização dos direitos fundamentais.

Tem sido frequente, com efeito, a negação da distinção cabal entre as diferentes dimensões de direitos fundamentais, em especial entre os direitos civis e políticos e os direitos sociais, econômicos e culturais. Ambas as dimensões, de fato, possuem diversos pontos de contato, o que mitiga em boa medida diferenciações estanques, na forma de uma

verdadeira dicotomia, mesmo porque, além das semelhanças que apontaremos, certo é que direitos civis e políticos somente se realizam plenamente se os direitos sociais, econômicos e culturais estiverem assegurados.

Não obstante, é também comum a simplificação da distinção entre tais dimensões: a primeira diria respeito a direitos de abstenção, ao passo que a segunda dimensão traria direitos prestacionais, que implicariam um fazer por parte do Estado. Em última análise, essa ordem de ideias pretende diferenciar as dimensões de direitos fundamentais pelos custos que implicam ao Estado para ser implementados: direitos sociais, econômicos e culturais trazem consideráveis gastos ao poder público, o que inócorre com direitos civis e políticos.

A doutrina tem visto nesse discurso uma simplificação desvirtuadora da realidade.

Por certo, mesmo a implementação de direitos civis e políticos ocasionam gastos ao Estado, como o financiamento de toda a estrutura para captação e apuração dos votos em uma eleição, ou mesmo de todo o sistema de segurança pública para que sejam tuteladas, de modo minimamente razoável, a propriedade e a intimidade das pessoas. Por aí se vê que também direitos ditos de primeira dimensão exigem prestações positivas do Estado, o que evidencia, uma vez mais, a insuficiência da classificação em dimensões, não obstante sua importância didática.

Em sentido contrário, direitos sociais há que, como os civis e políticos, são destituídos de maiores implicações econômico-financeiras do ponto de vista da implementação: são as chamadas liberdades sociais, como a liberdade sindical.

A sustentação da diferença entre direitos de primeira geração e direitos de segunda geração não se deve necessariamente – ao menos não na forma tradicionalmente tratada a distinção – à postura estatal necessária à implementação do direito (fazer ou não fazer; prestação ou abstenção); a distinção baseia-se, antes, no dado fático e temporal da existência ou não de estrutura que permita a implementação por parte do Estado.

Assim é que, para aproveitarmos os exemplos dados acima, já existe toda uma estrutura da Justiça Eleitoral para captação e apuração dos votos, ao passo que nossos sistemas educacional e de saúde ainda estão, em boa medida, por construir.

1.6. A EFICÁCIA DAS NORMAS RELATIVAS ÀS DIFERENTES DIMENSÕES

Do ponto de vista da eficácia das normas, farta doutrina chegou a sustentar que as normas jurídicas sobre direitos civis e políticos seriam de eficácia plena, ou seja, aptas a produzir efeitos por si sós, sem qualquer necessidade de posterior intervenção legislativa. Direitos sociais, econômicos e culturais, ao contrário, seriam veiculados por normas de eficácia limitada, também denominadas de programáticas, constituindo, em essência, meros projetos de concretização, cuja implementação dependeria inexoravelmente da atuação dos Poderes Legislativo e Executivo.

Essa classificação peca pela superficialidade (simplicadamente: direitos civis e políticos – normas de eficácia plena/direitos sociais, econômicos e culturais – normas de eficácia limitada).

Primeiramente porque não se encontra no texto constitucional qualquer diferenciação nesse sentido. Difícil enxergar na redação das normas constitucionais de uma ou outra dimensão de direitos fundamentais elementos que conduzam necessariamente à diferenciação apontada. Trata-se de construção teórica não necessariamente extraída da Constituição. Pelo contrário: o art. 5º, § 1º, da CF expressamente dispõe que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Em segundo lugar, é preciso considerar que a aptidão genérica para produção de efeitos em muito se aproxima da possibilidade de aplicação da norma ao caso concreto, o que mitiga em boa medida a classificação posta. Ainda que se busque diferenciar eficácia de aplicabilidade – o que, de fato, afigura-se relevante do ponto de vista da teoria do direito –, não se afigura pertinente sustentar a diversidade das figuras ao se tratar da implementação dos direitos fundamentais.

A dicotomia das normas de eficácia plena – normas de eficácia limitada, no campo dos direitos fundamentais – centra-se, na verdade, na sustentada diferença de natureza entre os direitos: os civis e políticos implicariam, em essência, uma abstenção do Estado, ao passo que os sociais, econômicos e culturais, uma prestação positiva.

Segundo essa ótica, por acarretarem ao Estado um não fazer, direitos civis e políticos podem ser assegurados por normas que simplesmente estabeleçam a esfera jurídica de proteção dos particulares. Tais normas, então, não necessitariam de complementação alguma. Daí serem de eficácia plena. Direitos sociais, econômicos e culturais,

todavia, implicam um fazer estatal, e os delineamentos de tal conduta somente podem vir por posterior atividade legislativa, de modo que as normas respectivas são, então, de eficácia limitada, pois estabelecem, sim, que o Estado deve agir, mas não como e em que medida.

É pacífico atualmente, entretanto, que não se pode proceder a tal redução dos direitos fundamentais, restringindo cada qual a apenas uma função. Na verdade, qualquer direito fundamental possui ao menos duas funções, ou dois aspectos: um dito positivo, que diz com a necessidade de atuação do Estado para implementação do direito; outro negativo, relacionado com a vedação de violação do direito por parte do Estado e mesmo de particulares.

Fala-se aqui em dupla dimensão dos direitos fundamentais: uma objetiva (direitos fundamentais como ordem de valores a apontar as diretrizes a serem seguidas pelo Poder Público e a servir de parâmetro para interpretação das demais normas do ordenamento jurídico) e outra subjetiva (direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa do indivíduo).

2 DIREITO NATURAL E DIREITO POSITIVO

2.1. DIREITO NATURAL

Qualquer pessoa, ao nascer, é livre e não tem necessidade alguma, a não ser de proteção e alimentação. Não tem propriedade, não tem dívidas ou ônus reais, não precisa votar, nem trabalhar, nem pagar impostos.

Essa situação, por óbvio, não dura para sempre. Isso porque, no momento em que essa pessoa tem o seu registro de nascimento, passa a integrar oficialmente o grupo social dentro do qual nasceu. E, assim que é oficializada a sua existência civil, adquire obrigações das quais apenas mais tarde terá conhecimento. Passa, por exemplo, a ser automaticamente responsável por certas dívidas dos pais.

Mas vamos nos fixar nas primeiras horas do nascimento. A criança recém-nascida é completamente livre de obrigações. Mas já tem direitos, que ao longo da história lhe foram sendo outorgados pelas leis. São direitos que independem de sua etnia, gênero e condição econômica ou social.

A criança não tem força, habilidade nem conhecimento para obter sua própria alimentação, nem construir a sua casa, nem fabricar a sua roupa. Por isso, tem direito a receber agasalho, abrigo e alimentação, para que não morra. Portanto, tem direito à vida.

O direito à vida é um direito básico.

A criança não tem capacidade de se defender de ameaças. Por isso tem direito a não ser agredida,

molestada ou ameaçada. Portanto, tem direito à integridade (segurança pessoal).

O direito à segurança pessoal é um direito básico.

A criança não tem discernimento para livrar-se de jugos ou aprisionamentos. Por isso, tem direito a não ser encarcerada, subjugada ou aprisionada de qualquer maneira. Portanto, tem direito à liberdade.

O direito à liberdade é um direito básico.

A criança não tem responsabilidade sobre o ser humano que é. Concebida, tem traços genéticos herdados, compleição física que dependem da maneira como será alimentada, cuidada e educada, e insere-se numa sociedade em razão de nascimento. Outras crianças terão traços genéticos diferentes, compleição física diferente, viverão em sociedades diferentes. No entanto, devem ser tratadas com igualdade, porque a essência humana de todos é a mesma.

Por isso, cada uma delas tem direito a ser tratada de modo a não ser vítima de preconceito de qualquer espécie.

O direito à igualdade é um direito básico.

Vida, integridade, liberdade e igualdade integram o chamado Direito Natural, porque nascem com a pessoa, ou seja, pertencem ao indivíduo desde que nasce.

O Direito Natural precede o Direito Positivo, porque o primeiro é do indivíduo, enquanto o segundo é elaborado para organizar grupos de indivíduos. Veremos, mais adiante, o que é o Direito Positivo.

Em resumo, o Direito Natural define o que é justo por natureza.

No início da História, o direito teve raízes fincadas na dinâmica da natureza, porque o homem era

movido pelas leis naturais da sobrevivência.

Tales de Mileto, nascido por volta do ano 600 a.C., é considerado o mais antigo filósofo ocidental. Fundou a Escola de Mileto, cujos principais pensadores foram Anaximandro e Anaxímenes.

A Escola de Mileto postulava que os elementos da natureza (*physis*), especificamente água, ar, fogo e terra, eram os condicionantes da vida humana. Como nada escreveram, essa teoria chegou até nós por meio dos filósofos que vieram depois de Sócrates. Segundo ela, o destino dos homens era regido por fenômenos naturais, principalmente aqueles ocasionados pela água, que seria o princípio de todas as coisas e estava em todas as coisas. Por isso, Tales de Mileto e seus seguidores eram chamados de filósofos naturalistas.

Esse pensamento, baseado no bom senso e na equidade (segundo definição dada por Aurélio Buarque de Holanda), inspirou o Direito Natural, cujas primeiras noções surgem principalmente com os estudos do filósofo Aristóteles, que definiu duas concepções complementares: o justo legal (*dikaion nomikón*) e o justo natural (*dikaion physikón*).

O Direito Natural também é chamado Jusnaturalismo.

Antonio Fernández-Galiano, no artigo “El jusnaturalismo”, inserido no livro *Lecciones de teoría del derecho y derecho natural*, de Benito de Castro Cid (1999 – p. 419-420), diz o seguinte:

... o jusnaturalismo afirma a existência de uma ordem preceptiva de caráter objetivo, imutável e derivada da natureza, que não pode contrariar os mandamentos dos homens e na qual encontra esse direito humano sua fonte e fundamento.

O jusnaturalismo apresenta-se como uma corrente de pensamento que se estendeu por vários séculos, com diferentes orientações.

Em todas as suas fases, contudo, podem ser observadas duas grandes premissas: a primeira é a distinção entre direito natural e direito positivo; a segunda, a ideia de que aquele é superior a este.

Direito natural seria o conjunto de regras universais, emanadas, como faz inferir o nome, da própria natureza. Tal ordenamento consubstanciaria valores e princípios ínsitos à razão humana e, portanto, de validade incontestada, acima de qualquer indagação. A existência do direito natural relaciona-se intimamente, pois, com a noção de justiça.

Por sua vez, direito positivo seria o conjunto das normas jurídicas postas pelo homem. Seria o fenômeno jurídico em concreto, na forma como manifestado pelas diferentes sociedades - via de regra, emanado de órgãos estatais. O parâmetro para elaboração e posterior avaliação das normas positivas - e aqui tratamos já da segunda premissa acima aventada - seria o direito natural.

Para o jusnaturalismo, justo é o que se identifica com o direito natural. Este, portanto, constitui o modelo de aferição da legitimidade do direito positivo.

É possível dizer que para o jusnaturalismo o direito positivo deveria ser a revelação, tanto quanto possível, do direito natural (uma identificação completa entre ambos seria impossível, dada a imperfeição da natureza humana).

No que toca à fundamentação da origem dos direitos humanos, o jusnaturalismo preconiza que eles advêm de uma ordem superior, independentemente dos próprios homens, os quais, ao consagrá-los em

suas legislações, apenas os declaram. Em outras palavras, para o jusnaturalismo, a natureza dos diplomas que asseguram a proteção aos direitos humanos é meramente declaratória: a lei não cria direitos humanos, apenas os reconhece.

2.1.1. EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE JUSNATURALISMO

Jusnaturalismo clássico: segundo ele, há uma ordem na natureza, e o direito deve ser formulado a partir dessa ordem. Para o jusnaturalismo clássico, o fundamento do direito é a natureza das coisas. Aristóteles, por exemplo, pensava que o que é natural é naturalmente bom e justo. Acredita-se que a primeira manifestação da ideia de Direito Natural encontre-se na peça *Antígona*, de Sófocles (num trecho da peça, a protagonista Antígona invoca leis divinas eternas para justificar a desobediência à ordem do rei).

Jusnaturalismo teológico: a evolução da capacidade de raciocínio e reflexão levou o homem a uma postura mais metafísica. A noção de direito ficou, então, vinculada às crenças e às convicções religiosas. O direito passou a ser considerado herança divina, tendo como fundamento as leis concedidas por Deus aos homens. Um dos primeiros a conceber o direito dessa forma foi Heráclito. Para ele, o Universo era governado por uma lei divina, comum a todos os homens. Essa matriz de pensamento naturalista imperou até a Idade Média.

Jusnaturalismo escolástico (ou tomista): o fundamento do direito, para pensadores cristãos como Santo Tomás de Aquino, é a lei eterna (*lex aeterna*), como chamavam os mandamentos divinos que acreditavam governar o Universo. Dentro desses mandamentos, havia a lei natural e a lei humana.

Um dos problemas desse pensamento é considerar que a lei natural estabelece uma necessária hierarquia entre as criaturas. No entanto, só é justa a lei que se apoia na lei eterna, porque Deus é o fundamento de todas as coisas. Era a chamada Teocracia.

Jusnaturalismo racional: o fundamento do direito é que o homem, usando a razão, analisa as leis da natureza e as aplica em seu convívio. A base desse pensamento foi elaborada por Zenon e os estoicos, mas a essência já estava em Protágoras, cuja célebre fórmula determinava que o homem é a medida de todas as coisas. O jusnaturalismo racional foi, mais tarde, adotado pelos romanos, mas profundamente modificado nos séculos XVII e XVIII, quando se passou a atribuir à razão, por meio das ciências, o descobrimento da verdade, e não mais à entidade divina. Surgia, então, uma nova conceituação para o Direito Natural. Um dos primeiros pensadores do jusnaturalismo racional foi o holandês Hugo Grotius. Ele o definiu desta maneira: “Ditame da justa razão, destinado a mostrar que um ato é moralmente torpe ou moralmente necessário segundo seja ou não conforme a própria natureza racional do homem, e a mostrar que tal ato é, em consequência disto, vetado ou comandado por Deus, enquanto autor da natureza”. Este trecho está no livro de Norberto Bobbio, O *Positivismo Jurídico*: Lições de Filosofia do Direito.

Jusnaturalismo contemporâneo: nos séculos XIX e XX, uma nova noção de Direito Natural trouxe para debate a questão da justiça no plano histórico e social, passando a ser aceito o fato de que a justiça é variável no tempo e no espaço. Por isso, considera-se

que, em função da diversidade cultural, há diferenças acerca do que é justo. Em resumo, o jusnaturalismo contemporâneo considera que o direito precisa ter um fundamento ético para ser justo. Um dos teóricos de nossos tempos é Joaquín Herrera Flores, que no seu livro *El Proceso Cultural: materiales para la creatividad humana*, diz o seguinte: “Para o bem ou para o mal, sempre por causa das relações que mantemos com os outros, com a natureza e conosco mesmos, nós nos fomos convertendo em animais culturais. Não somos exclusivamente animais sociais como as abelhas, as formigas ou os orangotangos. No cultural está incluído o social, mas não ocorre o mesmo no contrário. Podemos falar de uma sociedade de abelhas, mas não de uma cultura de abelhas. Para que possamos falar de cultura necessitamos algo mais que a obediência cega aos instintos e aos genes”.

2.2. DIREITO POSITIVO

O pensador Thomas Hobbes, no livro *Leviatã* (publicado em 1651) analisou cuidadosamente as leis da natureza e chegou à conclusão de que elas somente funcionariam se fossem respeitadas por todos. Todavia considerou impossível essa obediência, pois achava que os homens são egoístas e somente poderiam viver em harmonia se estivessem subordinados a uma autoridade que fiscalizasse o cumprimento das leis naturais.

Numa análise que considerava realista, definiu que havia grande perigo na falta de uma autoridade central, uma vez que os homens em situação de igualdade tinham o mesmo direito a todas as coisas; o que ocorreria quando duas pessoas desejassem a

mesma coisa e se considerassem donas dela? Cada uma tentaria tomar posse do objeto à força e acabariam deflagrando guerras generalizadas. Nessas guerras, nem sempre valeria a lei do mais forte, pois mesmo o fraco poderia lançar mão de recursos e desenvolver armas para vencer o oponente teoricamente mais poderoso.

Com isso em mente, Hobbes desenvolveu a teoria em que defendia o absolutismo, ou seja, o poder absoluto ao rei, ao governante que representava o Estado. Haveria entre os cidadãos e a autoridade um “pacto social”, pelo qual os homens abriam mão de parte de sua liberdade, para permitir que o rei (o Estado) cuidasse de todos, garantindo direitos e cobrando obrigações. Essa era a teoria, mas na prática sabemos que o absolutismo levou os reis a pensarem que eram donos dos destinos dos súditos. Houve até a publicação de obras de filosofia que demonstravam que os reis tinham poder originado dos deuses. Uma dessas obras foi *A Política tirada da Sagrada Escritura*, de Jacques Bossuet, publicada em 1701, da qual o rei Luís XIV, da França, lançou mão para justificar suas decisões totalitárias. É famosa uma frase de Luís XIV: “*L’Etat c’est moi*” (“O Estado sou eu”).

Curiosamente, nessa época, a Inglaterra já havia abandonado os princípios da doutrina do direito divino dos reis, desde a Revolução Gloriosa de 1688, que expulsou os católicos do poder.

Muito antes de Thomas Hobbes propor o conceito de absolutismo, um pensador chinês, Mêncio (340 a.C.), já falava em um “mandato celeste” dos soberanos, mas ressaltava que a legitimação dos monarcas dava-se por meio da justiça. Ou seja, apenas o rei justo era legítimo, e por isso Mêncio insistia no governo segundo o modelo dos reis sábios. Dizia que o povo tinha o direito de rebelar-se contra os tiranos que usavam o poder em proveito próprio. Essencialmente, considerava que o povo era

naturalmente bom e piedoso. O mal, segundo ele, consistia no abandono e na autodestruição.

O Direito Positivo também é chamado de juspositivismo.

Os defensores do juspositivismo consideram que só é direito aquele conjunto de leis postas pelo Estado, pela autoridade, ideia que se contrapõe à noção de que os direitos são naturais e inalienáveis. Em resumo, o Direito Positivo define o que é justo por convenção, ou justo por leis.

Augusto Comte é considerado o pai do positivismo sociológico, porque sistematizou a doutrina, em obras que publicou a partir de 1816. O influxo positivista também pode ser visto nas obras de autores como Descartes, Humes e Kant em meados do século XVIII.

No mundo jurídico, o Código Napoleônico (Código Civil Francês), já em 1804, na Idade Moderna, é o grande marco do positivismo. Seu avanço principal foi a noção da separação dos poderes.

No livro *Memorial de Santa Helena*, escrito em 1817 por Emmanuel Les Cases, Napoleão Bonaparte incluiu a seguinte reflexão:

Minha verdadeira glória não foi ter vencido quarenta batalhas; Waterloo apagará a lembrança de tantas vitórias; o que ninguém conseguirá apagar, aquilo que viverá eternamente, é o meu Código Civil.

2.2.1. ESCOLA EXEGÉTICA

O desenvolvimento jurídico ocidental contemporâneo foi largamente embasado no Código de Napoleão, de inspiração iluminista, primeira codificação do Direito. O Canadá e a maioria das nações da América Latina sofreram a influência

direta dessa codificação. O documento vigorou até 1890, quando foi substituído pelo atual Código Civil.

O Código de Napoleão deu origem ao que se chamou Escola Exegética, segundo a qual o juiz deve se limitar a seguir a lei, não podendo criá-la, o que implicaria a invasão da competência do Poder Legislativo. Isso se aplica mesmo em casos em que a lei seja obscura, dúbia ou insuficiente para o julgamento adequado.

É importante mencionar que o Código Napoleônico não nega o Direito Natural, mas privilegia o Direito Positivo: somente as leis emanadas do Estado são consideradas verdadeiramente jurídicas.

Alguns países, entre os quais se destaca a Inglaterra, não adotaram a sistematização das leis em códigos (*civil law*), mas o chamado *common law*, na qual a jurisprudência constitui precedentes de força vinculante.

Características essenciais do positivismo, segundo a escola da exegese (cfe. Norberto Bobbio, no livro *O positivismo jurídico*)

- O Estado pode aproveitar o Direito Natural nas ordenações do Direito Positivo, caso haja conformidade.
- O Direito é função do Estado e o legislador é onipotente.
- O juiz deve julgar de acordo com o texto da lei, nada mais além disso.

2.3. DUAS TEORIAS SOBRE DIREITO NATURAL E DIREITO POSITIVO

A síntese de Hegel

As ideias mais conhecidas de Georg Wilhelm Friedrich Hegel referem-se ao fato de que tudo o que existe de natural, no universo, oscila

indefinidamente de uma tese para uma antítese, de que resulta uma síntese (processo que Hegel denomina de dialética, do qual se vê que o filósofo confere ao termo um sentido diferente do empregado na Antiguidade). A síntese, porém, pode ser contestada por uma antítese, e assim o processo continua, perpetuamente. Para ele, portanto, a negação é necessária, para dar sentido ao processo de evolução.

Para Hegel, a lei apresenta o risco de escravizar os homens às suas letras, tirando-lhes o amor e o entusiasmo pela vida, porque faz justiça ao todo coletivo, sem se preocupar com a essência do indivíduo. Diz que é preciso haver uma revolução, que é a passagem da vida selvagem para um estado de lei e ordem.

Para ele, o Universo já é um sistema organizado, apoiado na fé. O homem erra e por meio de seus erros conhece a verdade e, assim, evolui. Por isso, pensa Hegel, o erro é necessário. O homem aprende e evolui, na direção de conhecer Deus, o Espírito Absoluto, por meio da razão, mas também a partir da natureza e das descobertas que lhe são oferecidas pelo conhecimento das artes, da religião e da filosofia.

Simplificadamente, a filosofia de Hegel encara o processo dialético como a conjugação de três etapas. A primeira é a Lógica, que é o pensamento, a reflexão. A segunda é a Natureza, que existe e cujos componentes se relacionam à revelia da lógica do homem. E a terceira é o Espírito, que representa o sentimento refinado a partir da reflexão e do ambiente que nos rodeia. Com esse sentimento, o homem pode realizar novos raciocínios e avaliar com novos olhares as coisas da natureza e novamente

atingir um estágio superior do espírito. Uma evolução constante, em tudo coerente com a noção de tese, antítese e síntese.

Verifica-se que a teoria de Hegel é essencialmente jusnaturalista, mas de certo modo contesta o Direito Natural, pois defende a necessidade de existência da lei – alertando porém que a lei não será satisfatória a não ser que esteja vinculada às próprias convicções conscientes do indivíduo. O Estado eficiente, segundo Hegel, deveria alcançar essa síntese, satisfazendo ao mesmo tempo os anseios do indivíduo e da sociedade. Em suma, as instituições devem garantir a liberdade do indivíduo.

A norma fundamental de Hans Kelsen

O pensador austríaco Hans Kelsen formulou a teoria de que a lei tem que ter por base uma norma fundamental, uma norma superior válida e legítima. É a chamada teoria pura do direito. Segundo esse pensamento, o juiz, ao julgar, não raciocina sobre o que seja certo ou errado, bom ou mau, virtuoso ou vicioso, porque essa análise moral cabe à Ética. O juiz deve raciocinar, no Direito, sobre o que seja lícito ou ilícito.

O papel do Direito, segundo Kelsen, é verificar se um determinado comportamento é legal (no sentido de estar autorizado em lei, especialmente na lei maior, que é a Constituição) ou ilegal (ou seja, inconstitucional).

Esse pensamento, de que Direito e Moral são matérias separadas, tem sido constantemente debatido por juristas e filósofos do Direito desde o seu surgimento, pouco tempo depois da Primeira Guerra Mundial. Para Kelsen, a justiça identifica-se com o legal, não decorrendo de uma norma moral ou

religiosa, ou não conseguiríamos mensurá-la. A justiça precisa ser concreta e palpável.

A crítica maior à teoria pura do direito é de natureza gnosiológica, atinente aos limites do próprio conhecimento humano: ao preconizar uma análise objetiva do direito por meio de um método também exclusivamente jurídico – a relação das normas entre si, de onde se extrai o fundamento de validade –, dita teoria toma como certo algo que, no mínimo, é profundamente duvidoso: que possa o ser humano atuar, em qualquer esfera de conhecimento, sem levar em consideração valores éticos, morais e estéticos.

Em resumo, eliminando do Direito todos os elementos estranhos à letra da lei, Kelsen faz com que sejam diminuídas as possibilidades de interpretação dos mandamentos. Com isso, analisando apenas e tão somente a lei, seria mais eficaz a busca da verdade. A crítica que se faz é que o legislador pode tornar-se totalitário.

Há, na teoria de Kelsen, uma autorreferência: o direito somente é direito se for válido, e a validade é relação a ser perquirida no interior do próprio ordenamento jurídico posto. Já não há, então, o crivo do Direito natural, a comparação com valores universais, imutáveis e atemporais.

Surge, assim, a figura da norma fundamental, fundamento de validade de todo o ordenamento.

A norma fundamental não é constituição em sentido jurídico-positivo, mas constituição em sentido lógico-jurídico – ela não é posta, mas pressuposta: é o comando, ou, se preferirmos, a disposição lógica segundo a qual devemos obedecer ao que for convencionado ou produzido de

determinada maneira (a maneira reconhecida como legítima pela norma fundamental).

É, em suma, o fundamento último de validade de determinado ordenamento jurídico.

Ao aplicador da norma jurídica cabe apenas realizar um juízo de subsunção, tomando a norma como premissa maior e o fato como premissa menor, subsumindo-o, então, à hipótese prevista naquela, para reconhecer a consequência também nela prevista.

Como se vê, dessa construção teórica resulta uma extremada formalização da concepção de direito e, como consequência, partindo-se dela, pouco ou nada se pode dizer do que seja justo.

2.4. O DIREITO POSITIVO NÃO PODE EXCLUIR O NATURAL: O PÓS-POSITIVISMO

Se o ordenamento jurídico fosse integralmente orientado pelo Direito Positivo, o risco de o legislador tornar-se absolutamente totalitário seria imenso.

Como dizia Aristóteles, a virtude está na ponderação. Portanto, é importante que o Direito Positivo, que não analisa o valor nem a justiça do mandamento jurídico, esteja apoiado na avaliação moral e ética do Direito Natural. Desse modo seria mais provável que o Direito cumprisse a sua efetiva função de auxiliar na ordem social e distribuir justiça.

Sem o Direito Natural, a análise e a interpretação da lei seriam frias e impessoais, sem significado humanitário.

A conclusão é óbvia e a ela já chegaram grandes pensadores da história da humanidade, para

justificar o Direito. No livro IV de *A Política*, Aristóteles definiu as leis como a “distribuição de poderes num Estado”, sem deixar de acrescentar que a Constituição deve se basear sobre “a educação e os hábitos da população”. São Tomás de Aquino complementaria o pensamento aristotélico dizendo que há uma “ordem que fundamenta e substantiva as leis”.

O Direito não é perfeito. Ao longo do tempo mudam os hábitos e os costumes, e isso precisa ser levado em conta na interpretação da lei. Do contrário, os direitos humanos não serão observados.

Modernamente, Norberto Bobbio declarou que as leis positivas derivam de princípios éticos naturais assimilados pelo legislador.

Em termos históricos, o positivismo jurídico deu margem – e, em verdade, constituiu mesmo parte do arcabouço teórico – ao nascimento dos grandes totalitarismos existentes na época da Segunda Guerra Mundial.

A rígida separação entre Direito e Moral propiciou uma aplicação de normas jurídicas sem referencial axiológico algum, o que permitiu, por sua vez, a aniquilação de milhares de seres humanos sem que houvesse, pelo menos nas sociedades em que tais atrocidades foram praticadas, grande comoção popular.

É precisamente como resposta a esse estado de coisas que se observou, a partir do pós-guerra, a reconciliação entre Direito e Moral no plano teórico, tendo os juristas, desde então, se preocupado com os aspectos valorativos e de legitimação – não apenas jurídica – do ordenamento vigente.

Esse movimento teórico, chamado de pós-positivismo, que floresceu em diversos países ao redor do globo, foi acompanhado, no plano internacional, pela construção de um sistema de proteção dos direitos humanos, a englobar instituições e tratados internacionais.

São características do pós-positivismo:

- o ordenamento jurídico é tido como um sistema aberto, e não mais hermético, estático, como o fazia o positivismo jurídico;
- reaproximação entre direito, ética e moral, numa superação da “pureza” do positivismo jurídico, ocasionando, também, uma desformalização da lógica jurídica, donde a ênfase, nas teorias da argumentação;
- a Constituição está no centro desse sistema aberto;
- reconhecimento progressivo da força normativa da Constituição e o conseqüente surgimento do chamado neoconstitucionalismo;
- o estudo do Direito passa a levar em conta os valores subjacentes a toda norma jurídica, de tal sorte que a ciência jurídica tem como seu objeto não apenas as normas abstratamente consideradas, mas, também, a finalidade a que se destina sua aplicação e o contexto cultural em que tal se dá;
- reconhecimento de que a norma jurídica somente se completa ao ser aplicada com o florescimento de novas e mais elaboradas técnicas de interpretação;
- reconhecimento da normatividade dos princípios – princípios são tidos como uma espécie de norma jurídica, ao lado das regras, e não mais como disposições puramente axiológicas, éticas, sem eficácia jurídica;

- protagonismo assumido pelos direitos fundamentais perante as normas constitucionais e perante todo ordenamento jurídico.

Evolução

A noção de direitos humanos surgiu do Direito Natural, foi evoluindo à medida que a sociedade evoluiu e ganhou destaque depois da Segunda Guerra Mundial.

Quadro sinótico

	DIREITO NATURAL	DIREITO POSITIVO
Também conhecido como	Jusnaturalismo	Juspositivismo
Define	O que é justo por natureza	O que é justo pelas leis
O Direito origina-se	Do nascimento (independe de etnia, gênero e condição social ou econômica) e da vontade divina.	Das leis e das convenções (depende do poder legislativo), ou seja, da vontade e da ação do homem.
Fontes do Direito	A ordem natural, a moral e a justiça. A punição dá-se apenas no plano moral.	A formalidade, a pureza das leis e o poder da autoridade. A punição é real e concreta.
Quais são esses direitos	Vida, liberdade, segurança pessoal, igualdade – princípios que seriam válidos para todas as pessoas, em todos os tempos.	Vida, liberdade, propriedade, proteção do Estado – princípios que a autoridade aplicaria conforme os fundamentos da lei.

Pensadores precursores	Tales de Mileto, Zenon, Santo Tomás de Aquino, Hugo Grotius	Justiniano, Thomas Hobbes, Descartes, Kant, Augusto Comte
Pensadores modernos	Joaquín Herrera Flores	Norberto Bobbio
Outros teóricos	Jean-Jacques Rousseau: “o homem nasce bom e inocente; a sociedade é que o corrompe”	Hegel: “o homem deve sair do estado de inocência e aceitar o poder constituído”. Hans Kelsen: “o Direito tem como fundamento a vontade humana”

	corromper.	tem como premissa o enfoque normativo”.
Evolução através dos tempos	Jusnaturalismo clássico Jusnaturalismo teológico Jusnaturalismo escolástico Jusnaturalismo racional Jusnaturalismo contemporâneo	Código Justiniano Código Napoleônico <i>Common Law</i>
Contribuições para o Direito moderno	Base filosófica para os direitos humanos. Ajuda a interpretar as leis.	Organiza a norma jurídica em três áreas: Direito civil, Direito constitucional e Direito penal.

3 A MAGNA CARTA

3.1. PRIMEIRO DOCUMENTO DE DIREITOS HUMANOS

No ano de 1215, o rei da Inglaterra, conhecido como João Sem-Terra, foi obrigado a assinar a Magna Carta. Nesse documento, pela primeira vez na História, foram consignados direitos das pessoas em face do poder da autoridade constituída.

A história começa quando o rei Ricardo da Inglaterra, conhecido como Coração de Leão, seguiu para o Oriente, para combater nas cruzadas. Seu irmão, o príncipe João, assume o trono e estabelece para si mesmo prerrogativas que desagradaram profundamente os seus aliados, principalmente os barões.

Entre essas prerrogativas estava o Direito de Nomeação, segundo o qual o soberano podia nomear bispos, abades e funcionários eclesiásticos, e o Direito de Veto, segundo o qual o soberano podia excluir pessoas de determinadas funções ou impedir que tomassem posse. Quando foi escolhido para a função de arcebispo o religioso Stephen Langton, o rei João não o aceitou e usou contra ele o Direito de Veto. O arcebispo Langton tinha sido escolhido pelo próprio papa Inocêncio III, e a posição do rei iniciou uma grande revolta da Igreja.

Aproveitando-se da situação, os barões que formavam a corte real apoiaram o pontífice, exigindo que o rei renunciasse a direitos que consideravam exagerados. O movimento revoltoso ganhou força, e foram levadas ao rei duas exigências: que promettesse respeitar a lei e que admitisse que a

vontade do rei não era mais forte do que a lei. Os barões queriam um documento escrito, com essas promessas, e para consegui-lo ameaçaram liderar os aldeões medievais, no seu legítimo direito de rebelar-se, previsto no *pactum subjectionis*.

Vamos esclarecer o que foi o *pactum subjectionis*.

No início do século XVIII, os cidadãos não aceitavam mais a tese do absolutismo dos reis nem o pretexto de que o poder dos soberanos provinha dos deuses. A própria palavra de São Paulo (*omnis potestas a Deo* = todo poder vem de Deus) começava a ser questionada. Entrava em cena a ideologia revolucionária chamada liberalismo, que defendia primazia da liberdade individual.

Com base nessa corrente de pensamento, a sociedade política da época fez um acordo de convivência com a autoridade real, o *pactum subjectionis* (pacto de sujeição), que funcionava da seguinte maneira: os aldeões, religiosos e nobres concordavam em subordinar-se a um senhor que, em troca, cuidaria de manter o país protegido pelo exército, organizar a produção agrícola e pecuária, cuidar do comércio e guardar as fronteiras.

Nesse pacto também restou previsto que, se os cidadãos não concordassem com as decisões do rei, teriam o direito se rebelar. No entanto, era um acordo tácito. Não havia documento escrito que o legitimasse. Por isso mesmo os barões da Inglaterra queriam que João Sem-Terra assinasse um documento que tornasse oficial a sua promessa de respeitar as liberdades individuais.

A Magna Carta de 1215 foi a base das modernas constituições.

Sérgio Resende de Barros, no seu livro *Liberdade e contrato: a crise da licitação*, ensina a respeito do

direito do povo de rebelar-se contra os desmandos dos reis:

O veículo natural do poder constituinte é a revolução. Originariamente, nas constituições escritas, o poder constituinte revelou-se por meio de revoluções propiciadoras e asseguradoras da liberdade individual como o principal dentre outros valores integrados no consenso popular. É o que ocorreu na França, nos Estados Unidos e noutros países, na passagem do século XVIII ao XX, na transição da Idade Moderna para a Contemporânea. O que levou a reconhecer ao povo, como ainda hoje se reconhece, o direito de revolução, do qual já se cogitara em eras anteriores. Mas esse direito é considerado uma razão última (ultima ratio): não deve ser usado por qualquer razão, irracionalmente. Tende, assim, a doutrina, a racionalizar o direito de revolução. Tal racionalização teoriza que ele subsiste sempre, mas só deve ser empregado em casos extremos (in extremis), quando não houver meios menos cruentos de fazer-se pela minoria ativista a revolução legitimada pela adesão da maioria do povo, como é o que tem ocorrido na história.

Mas quem eram os cidadãos que conseguiram pressionar o rei João Sem-Terra a editar a Magna Carta, em 1215?

Para responder, precisamos entender como funcionava a sociedade feudal da Idade Média.

Na Europa feudal, a sociedade era dividida em três categorias: guerreiros, sacerdotes e trabalhadores.

Os guerreiros eram os nobres, que garantiam a segurança do país contra invasões estrangeiras e protegiam os comerciantes contra saques e assaltos.

Consideravam-se fundamentais para o reino e por isso não pagavam impostos.

Os sacerdotes mantinham o povo em ordem, dizendo que interpretavam a intenção de Deus em relação ao desejo dos governantes. Como também se consideravam fundamentais para o reino, da mesma forma não pagavam impostos.

Os trabalhadores, por sua vez, eram quem sustentava os guerreiros, os sacerdotes e a corte real.

Essa divisão de responsabilidades, chamada “estamento”, era oficial, e estabelecia direitos e obrigações. Era, na verdade, a desigualdade oficial. Quem nascia em um estamento não podia ser promovido para outra categoria social.

3.1.1. AVANÇOS REGISTRADOS NA MAGNA CARTA

A Magna Carta de 1215 não foi uma declaração duradoura de princípios legais, mas apenas uma solução prática para limitar o comportamento despótico do rei João Sem-Terra.

Mesmo assim, constituiu um marco na história, pois a partir dela foi implantada a monarquia constitucional inglesa, modelo que o mundo ocidental em pouco tempo adoraria.

O artigo mais conhecido da Magna Carta é a cláusula 39, abaixo transcrita, que determinava a observância do devido processo legal nos casos de prisão ou privação de uma propriedade, reduzindo, com isso, a arbitrariedade na aplicação das penas:

Nenhum homem livre será preso, encarcerado ou privado de uma propriedade, ou tornado fora da lei, ou eLivros, ou de maneira alguma destruído, nem agiremos contra ele ou mandaremos alguém contra

ele, a não ser por julgamento legal dos seus pares, ou pela lei da terra.

Também de extrema relevância é o disposto no artigo 40: “a ninguém venderemos, nem a ninguém recusaremos ou atrasaremos o direito ou a justiça”.

O teor da Magna Carta influenciaria, séculos mais tarde, a Declaração Universal de Direitos Humanos.

Reproduzimos, a seguir, uma versão da carta que consta do livro de Fábio Comparato, *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, com seus primeiros vinte artigos:

Magna Charta Libertatum Concordiam inter regem Johannem at barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni angliae (*Carta magna das liberdades, ou Concórdia entre o Rei João e os Barões para a outorga das liberdades da Igreja e do rei inglês*)

João, pela graça de Deus rei da Inglaterra, senhor da Irlanda, duque da Normandia e da Aquitânia e conde de Anjou, aos arcebispos, bispos, abades, barões, juízes, couteiros, xerifes, prebostes, ministros, bailios e a todos os seus fiéis súditos.

Sabei que, sob a inspiração de Deus, para a salvação da nossa alma e das almas dos nossos antecessores e dos nossos herdeiros, para a honra de Deus e exaltação da Santa Igreja e para o bem do reino, e a conselho dos veneráveis padres Estevão, arcebispo de Cantuária, primaz de Inglaterra e cardeal da Santa Igreja Romana e dos nobres senhores William Marshall, conde de Pembroke, oferecemos a Deus e confirmamos pela presente Carta, por nós e pelos nossos sucessores, para todo o sempre, o seguinte:

1. A Igreja de Inglaterra será livre e serão invioláveis todos os seus direitos e liberdades: e

queremos que assim seja observado em tudo e, por isso, de novo asseguramos a liberdade de eleição, principal e indispensável liberdade da Igreja de Inglaterra, a qual já tínhamos reconhecido antes da desavença entre nós e os nossos barões [...].

2. Concedemos também a todos os homens livres do reino, por nós e por nossos herdeiros, para todo o sempre, todas as liberdades abaixo remuneradas, para serem gozadas e usufruídas por eles e seus herdeiros, para todo o sempre [...].

3. Não lançaremos taxas ou tributos sem o consentimento do conselho geral do reino (commue concilium regni), a não ser para resgate da nossa pessoa, para armar cavaleiro nosso filho mais velho e para celebrar, mas uma única vez, o casamento da nossa filha mais velha; e esses tributos não excederão limites razoáveis. De igual maneira se procederá quanto aos impostos da cidade de Londres.

4. E a cidade de Londres conservará todas as suas antigas liberdades e usos próprios, tanto por terra como por água; e também as outras cidades e burgos, vilas e portos conservarão todas as suas liberdades e usos próprios.

5. E, quando o conselho geral do reino tiver de reunir para se ocupar do lançamento dos impostos, exceto nos três casos indicados, e do lançamento de taxas, convocaremos por carta, individualmente, os arcebispos, abades, condes e os principais barões do reino; além disso, convocaremos para dia e lugar determinados, com a antecedência, pelo menos, de quarenta dias, por meio dos nossos xerifes e bailios, todas as outras pessoas que nos têm por suserano; e em todas as cartas de convocatória exporemos a causa da convocação; e proceder-se-á à deliberação

do dia designado em conformidade com o conselho dos que não tenham comparecido todos os convocados.

6. Ninguém será obrigado a prestar algum serviço além do que for devido pelo seu feudo de cavaleiro ou pela sua terra livre.

7. A multa a pagar por um homem livre, pela prática de um pequeno delito, será proporcionada à gravidade do delito; e pela prática de um crime será proporcionada ao horror deste, sem prejuízo do necessário à subsistência e posição do infrator (contenementum); a mesma regra valerá para as multas a aplicar a um comerciante e a um vilão, ressaltando-se para aquele a sua mercadoria e para este a sua lavoura; e, em todos os casos, as multas serão fixadas por um júri de vizinhos honestos.

8. Não serão aplicadas multas aos condes e barões senão pelos pares e de harmonia com a gravidade do delito.

9. Nenhuma cidade e nenhum homem livre serão obrigados a construir pontes e diques, salvo se isso constar de um uso antigo e de direito.

10. Os xerifes e bailios só poderão adquirir colheitas e quaisquer outras coisas mediante pagamento imediato, exceto se o vendedor voluntariamente oferecer crédito.

11. Nenhum xerife ou bailio poderá servir-se dos cavalos ou dos carros de algum homem livre sem o seu consentimento.

12. Nem nós nem os nossos bailios nos apoderaremos das bolsas de alguém para serviço dos nossos castelos, contra a vontade do respectivo dono.

13. A ordem (Writ) de investigação da vida e dos membros será, para futuro, concedida gratuitamente

e, em caso algum, negada.

14. Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou eLivros, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país.

15. Não venderemos, nem recusaremos, nem protelaremos o direito de qualquer pessoa a obter justiça.

16. Os mercadores terão plena liberdade para sair e entrar em Inglaterra, e para nela residir e a percorrer tanto por terra como por mar, comprando e vendendo quaisquer coisas, de acordo com os costumes antigos e consagrados, e sem terem de pagar tributos injustos, exceto em tempo de guerra ou quando pertencerem a alguma nação em guerra contra nós. E, se no começo da guerra, houver mercadores no nosso país, eles ficarão presos, embora sem dano para os seus corpos e os seus bens, até ser conhecido por nós ou pelas nossas autoridades judiciais, como são tratados os nossos mercadores na nação em guerra conosco; e, se os nossos não correrem perigo, também os outros não correrão perigo.

17. Daqui para diante será lícito a qualquer pessoa sair do reino e a ele voltar, em paz e segurança, por terra e por mar, sem prejuízo do dever de fidelidade para conosco; excetuam-se as situações de tempo de guerra, em que tal direito poderá ser restringido, por um curto período, para o bem geral do reino, e ainda prisioneiros e criminosos, à face da lei do país, e pessoas de países em guerra conosco e mercadores, sendo estes tratados conforme acima prescrevemos.

18. Só serão nomeados juízes, oficiais de justiça, xerifes ou bailios os que conheçam a lei do reino e se disponham a observá-la fielmente.

19. Todos os direitos e liberdades, que concedemos e que reconhecemos enquanto for nosso o reino, serão igualmente reconhecidos por todos, clérigos e leigos, àqueles que deles dependerem.

20. Considerando que foi para honra de Deus e bem do reino e para melhor aplanar o dissídio surgido entre nós e os nossos barões que outorgamos todas as coisas acabadas de referir; e querendo torná-las sólidas e duradouras, concedemos e aceitamos, para sua garantia, que os barões elejam livremente um conselho de vinte e cinco barões do reino, incumbidos de defender e observar e mandar observar a paz e as liberdades por nós reconhecidas e confirmadas pela presente Carta; e se nós, a nossa justiça, os nossos bailios ou algum dos nossos oficiais, em qualquer circunstância, deixarmos de respeitar essas liberdades em relação a qualquer pessoa ou violarmos alguma destas cláusulas de paz e segurança, e da ofensa for dada notícia a quatro barões escolhidos de entre os vinte e cinco para de tais fatos conhecerem, estes apelarão para nós ou, se estivermos ausentes do reino, para a nossa justiça, apontando as razões de queixa, e à petição será dada satisfação sem demora; e se por nós ou pela nossa justiça, no caso de estarmos fora do reino, a petição não for satisfeita dentro de quarenta dias, a contar do tempo em que foi exposta a ofensa, os mesmos quatro barões apresentarão o pleito aos restantes barões; e os vinte e cinco barões, juntamente com a comunidade de todo o reino (comuna totiu terrae), poderão embargar-nos e

incomodar-nos, apoderando-se de nossos castelos, terras e propriedades e utilizando quaisquer outros meios ao seu alcance, até ser atendida a sua pretensão, mas sem ofenderem a nossa pessoa e as pessoas da nossa rainha e dos nossos filhos, e, logo que tenha havido reparação, eles obedecer-nos-ão como antes. E qualquer pessoa neste reino poderá jurar obedecer às ordens dos vinte e cinco barões e juntar-se a eles para nos atacar; e nós damos pública e plena liberdade a quem quer que seja para assim agir, e não impediremos ninguém de fazer idêntico juramento.

Em síntese, as principais conquistas trazidas por esse documento foram:

- previsão do devido processo legal (o famoso item 39 fala em julgamento regular pelos pares ou de acordo com a lei do país em caso de prisão ou privação de bens);
- liberdade da Igreja da Inglaterra;
- proporcionalidade entre a gravidade do delito e a magnitude da pena;
- liberdade de locomoção;
- liberdade de obter justiça;
- liberdade de entrar e sair do país.

A Magna Carta historicamente o primeiro documento a servir ao resguardo de direitos individuais. Foi seguida, ao longo dos séculos, por outros documentos parecidos, entre eles a *Petition of Rights*, de 1628.

Nesta, fez-se consignar que toda e qualquer forma de tributação, para que fosse legítima, deveria passar pelo crivo do consentimento de todos, manifestado por ato do Parlamento.

Quadro sinótico

	MAGNA CARTA DE 1215	CIRCUNSTÂNCIAS
	Primeiro documento oficial da história a registrar salvaguardas para os direitos humanos.	Concebido para limitar o poder despótico do rei.
Nome original em latim	<i>Magna Charta Libertatum Concordiam inter regem Johannem at barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni angliae</i>	Tradução: Carta magna das liberdades, ou Concórdia entre o Rei João e os Barões para a outorga das liberdades da Igreja e do rei inglês
Quem assinou	Rei João Sem-Terra, da Inglaterra	O rei foi forçado a assinar, sob ameaça dos barões de liderar uma revolta dos aldeões.
Origens	Uma disputa entre o papa Inocêncio III e João Sem-Terra. O rei não aceitou a indicação do arcebispo Stephen Langton.	Naquele tempo, o rei comandava o Estado e a Igreja. Sua vontade era maior do que a lei.
Influenciou	Outros documentos importantes para os direitos humanos, como a <i>Petition of Rights</i> e, modernamente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos.	A partir do teor da Magna Carta, foi implantada a monarquia constitucional inglesa.
	Artigo 39: “Nenhum homem livre será preso, encarcerado ou privado de uma propriedade, ou tor-nado fora da lei, ou privado de sua herança, ou de sua vida, ou de sua honra, sem o julgamento legal de seus pares ou da corte da terra.”	Na época, bastava uma decisão do rei para prender ou executar alguém.

Principal artigo	da lei, ou elivros, ou de maneira alguma destruído, nem agiremos contra ele ou mandaremos alguém contra ele, a não ser por julgamento legal dos seus pares, ou pela lei da terra".	uma decisão do rei para que alguém fosse preso, espoliado e morto.
Importância	Foi base para as constituições modernas.	O artigo 40 da Magna Carta determina: "A ninguém venderemos, nem a ninguém recusaremos ou atrasaremos o direito ou a justiça".

3.1.2. COMO VIVIA O POVO NA ÉPOCA DA MAGNA CARTA

A condição dos camponeses na Europa feudal, quando foi editada a Magna Carta, era de total desrespeito aos direitos humanos. Leo Huberman, no livro *A história da riqueza do homem*, descreve:

O camponês vivia numa choça do tipo mais miserável. Trabalhando longa e arduamente em suas faixas de terra espalhadas (todas juntas tinham, em média, uma extensão de 6 a 12 hectares, na Inglaterra, e 15 a 20, na França), conseguia arrancar do solo apenas o suficiente para uma vida miserável. Teria vivido melhor, não fora o fato de que, dois ou três dias por semana, tinha que trabalhar a terra do senhor, sem pagamento. Tampouco era esse o único trabalho a que estava obrigado. Quando havia pressa, como em época de colheita, tinha primeiro que segar o grão nas terras do senhor. Esses "dias de dádiva" não faziam parte

do trabalho normal. Mas isso ainda não era tudo. Jamais houve dúvida quanto à terra mais importante. A propriedade do senhor tinha que ser arada primeiro, semeada primeiro e ceifada primeiro. Uma tempestade ameaçava fazer perder a colheita? Então, era a plantação do senhor a primeira que deveria ser salva.

4 ESBOÇO HISTÓRICO DOS DIREITOS HUMANOS

4.1. O PAPEL DA RELIGIÃO NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Já vimos que, na origem, as instituições religiosas funcionaram em muitas ocasiões como locais invioláveis de refúgio para pessoas perseguidas por causa de suas origens, sua raça e suas convicções políticas.

De modo geral, dado o fato de que Igreja e Estado confundiam-se como poderes dominantes, o sucesso do refúgio devia-se mais ao fato do caráter sagrado desses locais.

Sem desconsiderar eventos anteriores, é preciso reconhecer uma iniciativa importante na direção da proteção aos direitos humanos. Trata-se da Bula *Sublimis Deus*, de Paulo III (1537), que condena a escravidão. Foi a primeira intervenção oficial e efetiva da Igreja contra o desrespeito à dignidade humana – o documento reconhecia que os índios eram seres racionais dotados de alma humana.

De certa maneira, a bula papal reconhecia o erro de escravizar povos vencidos, como denunciara, em 1511, o frei Antonio de Montesinos, em seu famoso Sermão proferido na América:

Todos vós estais em pecado mortal. Nele viveis e nele morrereis, devido à crueldade e tiranias que usais com estas gentes inocentes. Dizei-me, com que direito e baseados em que justiça, mantendes em tão cruel e horrível servidão os índios? Com que autoridade fizestes estas detestáveis guerras a estes povos que estavam em suas terras mansas e

pacíficas e tão numerosas e os consumistes com mortes e destruições inauditas? Como os tendes tão oprimidos e fatigados, sem dar-lhes de comer e curá-los em suas enfermidades? Os excessivos trabalhos que lhes impondes, os fazem morrer, ou melhor dizendo, vós os matais para poder arrancar e adquirir ouro cada dia... Não são eles acaso homens? Não têm almas racionais? Vós não sois obrigados a amá-los como a vós mesmos? Será que não entendeis isso? Não o podeis sentir?

O sermão de frei Antonio de Montesinos estimularia, no ano seguinte, a edição das chamadas Leis de Burgos, pelo rei da Espanha. Foi um conjunto de 35 leis que servia de código de comportamento em relação aos índios, proibindo maus-tratos e escravidão (mas que permitia trabalhos forçados, de modo que, na prática, a situação dos índios permaneceu inalterada).

Nessa época atuou o frei Bartolomé de Las Casas, que ficou famoso como defensor dos direitos dos índios americanos. O religioso publicou, em 1542, obra em que relata a destruição da cultura e da dignidade dos índios da América espanhola.

Três anos depois da publicação desse livro, os conquistadores espanhóis, liderados pelo capitão Juan de Villarreal alcançam a localidade de Potosí, na Bolívia, onde havia opulentas minas de prata, e iniciaram uma campanha de guerra que terminaria com o holocausto de mais de oito milhões de indígenas.

Ainda como conquistas religiosas no campo dos direitos humanos, é necessário mencionar o Édito de Nantes, do rei francês Henrique IV. Em 13 de abril de 1598, o rei decide estabelecer a tolerância religiosa, para pôr fim a uma guerra civil de 36 anos

entre católicos e protestantes. Como mandatário supremo da Igreja e do Estado, elaborou um código com 92 artigos, concedendo liberdade de consciência, de religião e de ensino. Foi um primeiro aceno na direção da tolerância religiosa, mas não chegou a permitir totalmente a liberdade de culto.

Apenas dois anos depois do Édito de Nantes, todavia, a própria Igreja, pelo seu braço radical conhecido como a Santa Inquisição, queima vivo, em Roma, o filósofo dominicano Giordano Bruno. O astrônomo italiano Galileu Galilei também foi perseguido pela Inquisição por afirmar que a Terra não era o centro do Universo, mas o Sol. Foi ameaçado de ser queimado vivo, caso não se retratasse.

Embora ao longo da história a Igreja católica tenha passado ao largo das conquistas de direitos humanos, muitas vezes quedando-se inerte – aliás esta é a grande queixa dos judeus, por exemplo, porque o papa não se manifestou a respeito do holocausto da Segunda Guerra Mundial –, alguns pontífices escreveram documentos importantes nesse campo.

Um dos mais destacados é a encíclica *Rerum Novarum* (“Das Coisas Novas”), do papa Leão XIII, em 1891, que trata da situação dos trabalhadores.

Em 1931, o papa Pio XI editou a encíclica *Quadragesimo Anno* (“No Quadragésimo Ano”), sobre a reconstrução da ordem social. Em seguida, no período que coincide com a eclosão da guerra e suas sequelas, houve um lamentável silêncio da Igreja, quebrado apenas trinta anos depois, em 1961, com a encíclica *Mater et Magistra* (“A Mãe e Mestra”), do papa João XXIII, sobre cristianismo e progresso social.

João XXIII ainda escreveria a encíclica *Pacem in Terris* (“Paz na Terra”), em 1963, um ano antes de morrer. O documento coincide com a tentativa frustrada do presidente João Goulart de implantar a reforma agrária no Brasil.

O papa Paulo VI até ensaiou algo, em 1965, ao promover o Concílio Vaticano II (*Gaudium et Spes* – Alegria e Esperança – A Igreja no Mundo Atual). Dois anos depois, em 1967, publicou a encíclica *Populorum Progressio* (“O Progresso dos Povos”). Mas, novamente, a Igreja silenciou acerca de questões relacionadas com os direitos humanos, até a publicação, em 1981, da encíclica *Laborem Exercens* (“Sobre o Trabalho Humano”), do papa João Paulo II.

O último documento da Igreja católica sobre temas sociais foi publicado em 1987, com a encíclica *Sollicitudo Rei Socialis* (“A Solicitude Social da Igreja”), também de João Paulo II.

4.2. EVENTOS HISTÓRICOS DE AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A seguir, em ordem cronológica, os acontecimentos principais que contribuíram, a partir da Idade Moderna, para a afirmação dos direitos humanos ao redor do mundo.

1628 Petição de Direitos – Inglaterra

1679 Lei do *Habeas Corpus*, Inglaterra

1688 Declaração de direitos da Inglaterra (*Bill of Rights*)

1690 Publicação do *Segundo tratado sobre o governo*, de John Locke

1712 Rebelião dos escravos em Nova York, Estados Unidos

1748 Publicação do livro *O Espírito das Leis*, de Montesquieu

1755 Publicação do livro *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, de Jean-Jacques Rousseau

1762 Publicação do livro *Do contrato social*, de Jean-Jacques Rousseau

1763 Publicação do livro *Tratado da Tolerância*, de Voltaire

1776 Declaração de Independência dos Estados Unidos da América

1787 Constituição dos Estados Unidos da América

1789 Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão

1792 Abolição do tráfico de escravos (Dinamarca)

1794 Abolição da escravidão no Haiti (primeiro país da América Latina)

1804 Código Napoleônico

1807 Proibição do tráfico de escravos (Grã-Bretanha)

1808 Proibição do tráfico de escravos (Estados Unidos)

1821 Abolição da escravidão na Colômbia

1826 Abolição da escravidão na Bolívia

1827 Abolição da escravidão no Peru e Guatemala

1828 Abolição da escravidão no México

1833 Abolição da escravidão em todo o território do Império Britânico

1858 Abolição da escravidão na Rússia

1863 Convenção de Genebra

1865 Abolição da escravidão nos Estados Unidos

1873 Abolição da escravidão em Porto Rico

1888 Abolição da escravidão no Brasil

1890 Conferência de Bruxelas sobre a repressão ao tráfico de escravos africanos

1907 Conferência da Paz em Haia, na Holanda.
Rui Barbosa é o delegado do Brasil.

1917 Promulgada a Constituição Mexicana

1919 Imposição do Tratado de Versalhes

1919 Criação da OIT - Organização Internacional
do Trabalho

1920 Criação da Liga das Nações

1923 Abolição da escravidão no Afeganistão

1924 Abolição da escravidão no Iraque

1926 Convenção de Genebra sobre a Escravatura

1926 Abolição da escravidão no Nepal

1929 Abolição da escravidão na Pérsia (atual Irã)

1937 Abolição da escravidão em Bahrein

1943 Levante do Gueto de Varsóvia, contra a
ocupação nazista e o genocídio

1945 Criação da Organização das Nações Unidas
(ONU)

1945 Criação do Tribunal de Haia (Corte
Internacional de Justiça)

1948 Proclamada a Declaração Universal dos
Direitos Humanos pela ONU

1948 Assinatura da Carta Constitutiva da
Organização dos Estados Americanos - OEA (em
Bogotá)

1948 Declaração Americana dos Direitos e
Deveres do Homem

1948 Convenção da ONU sobre a Prevenção e
Repressão do Crime de Genocídio

1949 Convenção de Genebra sobre a Proteção das
Vítimas de Conflitos Bélicos

1950 Convenção Europeia dos Direitos Humanos

1950 Convenção de Genebra sobre o Tratamento
dos Prisioneiros de Guerra

1950 Convenção da ONU para a Repressão do
Tráfico de Pessoas e do Lenocínio e Protocolo Final

1950 Estatuto do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados

1955 Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais - Sistema Europeu

1956 Convenção Suplementar da ONU sobre a Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura

1957 Convenção da ONU sobre Abolição do Trabalho Forçado

1959 Declaração Universal dos Direitos da Criança (ONU)

1960 Convenção da ONU Relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino

1961 Criação da Anistia Internacional (Londres), visando à defesa dos presos por motivos políticos, religiosos, étnicos, ideológicos ou raciais

1965 Convenção da ONU Relativa à Escravatura

1965 Convenção Internacional da ONU sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial

1966 Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

1966 Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos

1966 Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados

1967 Declaração Sobre Asilo Territorial - ONU

1968 Assassinato de Martin Luther King

1968 I Conferência Internacional de Direitos Humanos (Teerã)

1968 Conferência de Medellín (Colômbia)

1968 Convenção da ONU sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade

1969 Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José)

1971 Convenção da ONU sobre a Redução de Casos de Apátridas

1971 Convenção da ONU Relativa ao Estatuto dos Refugiados

1971 Declaração da ONU dos Direitos do Deficiente Mental

1972 Conferência sobre o Meio Ambiente Humano (Estocolmo)

1972 Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural

1974 Conferência Mundial sobre Alimentação

1974 Declaração sobre a Erradicação da Fome e da Desnutrição

1974 Declaração da ONU sobre a proteção da Mulher e da Criança em Estados de Emergência e de Conflito Armado

1975 Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes

1975 Declaração da ONU sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes

1976 Declaração Universal dos Direitos dos Povos

1977 Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina - Sistema Europeu

1978 Declaração da ONU sobre a raça e os preconceitos raciais

1978 Conferência de Puebla

1978 Declaração da ONU sobre os princípios fundamentais relativos à contribuição dos meios de comunicação de massa para o fortalecimento da paz e da compreensão internacional para a promoção

dos direitos humanos e a luta contra o racismo, o *apartheid* e o incitamento à guerra

1979 Convenção Internacional da ONU sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres

1979 Convenção Internacional da ONU contra a Tomada de Reféns

1979 Tribunal Permanente dos Povos

1979 Princípios da ONU de Ética Médica aplicáveis à função do pessoal de saúde, especialmente aos médicos, na proteção de prisioneiros ou detidos contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes

1981 Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos

1981 Declaração da ONU sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação fundadas na religião ou nas convicções

1981 Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos - Carta de Banjul

1981 Declaração da ONU sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas

1982 Convenção da ONU sobre o Direito do Mar

1983 Convenção 159 da OIT sobre Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes

1984 Convenção da ONU contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes

1985 Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura

1987 Convenção Europeia para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes

1988 Conjunto de Princípios da ONU para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão

1988 Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

1989 Queda do Muro de Berlim

1989 Massacre da Praça da Paz Celestial (China)

1989 Convenção da ONU sobre os Direitos das Crianças

1989 Princípios da ONU relativos a uma eficaz Prevenção e Investigação de Execuções Extralegais, Arbitrárias e Sumárias

1990 Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos referente à abolição da Pena de Morte

1990 Convenção de Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes

1990 Declaração Mundial da ONU sobre Educação para Todos (Jomtien)

1990 Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade

1990 Declaração Mundial sobre a Sobrevivência, Proteção e Desenvolvimento da Criança nos Anos 90

1990 Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Riad)

1991 Fim das leis do *apartheid* na África do Sul

1992 Conferência sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio de Janeiro)

1992 Declaração da ONU sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados

1992 Princípios de Paris (relacionados com o *status* de instituições nacionais de direitos humanos)

1993 II Conferência Internacional de Direitos Humanos (Viena)

1995 IV Conferência Mundial sobre a Mulher - Pequim (China)

1995 Declaração da ONU de Princípios sobre a Tolerância

1995 Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude (Regras de Pequim)

1995 Convenção da ONU sobre Cooperação Internacional e Proteção de Crianças e Adolescentes em Matéria de Adoção Internacional (Haia)

1996 Austrália é o primeiro país a lançar o Plano Nacional de Direitos Humanos

1996 Filipinas é o segundo país a lançar o Plano Nacional de Direitos Humanos

1996 Brasil é o terceiro país a lançar o Plano Nacional de Direitos Humanos

1997 Assinatura do Protocolo de Kyoto

1997 Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina - Sistema Europeu

1998 Criação do Estatuto do Tribunal Penal Internacional - TPI

1998 Declaração sobre os Defensores de Direitos Humanos

1998 Princípios da ONU para Proteção de Pessoas Sujeitas a qualquer Forma de Detenção ou Prisão

2000 Declaração da OEA de Princípios sobre a Liberdade de Expressão

2000 Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

2001 I Fórum Social Mundial (Porto Alegre)

2001 Carta Democrática Interamericana

2001 Conferência Mundial sobre o Racismo
(Durbham)

2002 II Fórum Social Mundial (Porto Alegre)

2002 Resolução sobre as Diretrizes e Medidas
para a Proibição e Prevenção contra a Tortura e
Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou
Degradantes na África (Robben Island)

2003 III Fórum Social Mundial (Porto Alegre)

2004 IV Fórum Social Mundial (Mumbai)

2005 V Fórum Social Mundial (Porto Alegre)

2006 VI Fórum Social Mundial (Caracas)

2007 VII Fórum Social Mundial (Nairobi)

2007 Tribunal Permanente dos Povos para
Multinacionais, Recursos Naturais e Guerra Suja

5 DOCUMENTOS HISTÓRICOS DOS DIREITOS HUMANOS

5.1. *PETITION OF RIGHTS*

A transformação da Inglaterra de monarquia absolutista em monarquia constitucionalista representou um avanço no sentido do reconhecimento dos direitos do homem e se deveu à chamada Petição de Direitos (*Petition of Rights*), que constituiu a semente da chamada Revolução Inglesa.

Até 1628, o lema das monarquias absolutistas era: “Um rei, uma fé, uma lei”, expoente da unidade política de um país, que tomava por base a unidade religiosa. Mas, com o advento de teorias liberais, especialmente as do inglês John Locke, nas suas três obras filosóficas principais (*Tratado do Governo Civil* - 1689; *Ensaio sobre o Intelecto Humano* - 1690 e *Pensamentos sobre a Educação* - 1693), a atitude dos povos diante do poder dos reis começou a mudar.

Como vimos, preconizava o jusnaturalismo pregava que os homens são dotados de direitos inalienáveis, dentre eles a vida e a liberdade. Locke sustentava mais, apoiado na doutrina de Thomas Hobbes: que havia um estado natural e uma lei natural a determinar que nenhum homem deve prejudicar outro em suas vidas, liberdade, saúde e propriedade.

Surgiram, então, movimentos no sentido de obter promessas escritas dos reis, como havia sido feito com a Magna Carta, de respeito a esses direitos inalienáveis. Na prática, os cidadãos queriam uma lei maior que regulasse a vida coletiva, de maneira

que não mais dependessem unicamente da vontade e do humor do governante.

Essa lei maior, fundamental, era nada mais do que é conhecido hoje pelo nome de Constituição. Historicamente, considera-se como documento responsável pelo início do constitucionalismo moderno a chamada Petição de Direitos, de 1628.

J. J. Canotilho traça interessante paralelo a respeito:

... fala-se em constitucionalismo moderno para designar o movimento político, social, cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma forma de ordenação e fundamentação do poder político. Este constitucionalismo, como o próprio nome indica, pretende opor-se ao chamado constitucionalismo antigo, isto é, o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder. Estes princípios ter-se-iam sedimentado num tempo longo, desde os fins da Idade Média até o século XVII.

Do ponto de vista político, a *Petition of Rights* constituiu uma resposta à decisão do rei Carlos I, da Inglaterra, de criar impostos sem consultar o parlamento. Os membros do parlamento inglês, então, liderados por Sir Edward Coke redigiram essa “petição dos direitos” e apresentaram-na ao rei, exigindo que ele a cumprisse.

Talvez a mais importante dessas exigências tenha sido a de que o rei deixasse para o parlamento o controle da política financeira e o controle do

exército. Como veremos a seguir, a *Petition of Rights* não apenas significou uma restrição dos poderes do soberano, como, também, a oficialização do que os cidadãos consideravam ser os direitos fundamentais do homem.

Eis o texto integral da Petição de Direitos de 1628:

Os lordes espirituais e temporais e os comuns, reunidos em parlamento, humildemente lembram ao rei, nosso soberano e senhor, que uma lei feita no reinado do rei Eduardo I, vulgarmente chamada Statutum de tallagio non concedendo, declarou e estabeleceu que nenhuma derrama ou tributo seria lançada ou cobrada neste reino pelo rei ou seus herdeiros sem o consentimento dos arcebispos, bispos, condes, barões, cavaleiros, burgueses e outros homens livres do povo deste reino; que, por autoridade do Parlamento, reunido no vigésimo quinto ano do reinado do rei Eduardo III, foi decretado e estabelecido que, daí em diante, ninguém poderia ser compelido a fazer nenhum empréstimo ao rei contra a sua vontade, porque tal empréstimo ofenderia a razão e as franquias do país; que outras leis do reino vieram preceituar que ninguém podia ser sujeito ao tributo ou imposto chamado benevolence ou a qualquer outro tributo semelhante, que os nossos súditos herdaram das leis atrás mencionadas e de outras boas leis e estatutos deste reino a liberdade de não serem obrigados a contribuir para qualquer taxa, derramo, tributo ou qualquer outro imposto que não tenha sido autorizado por todos, através do Parlamento.

E considerando também que na carta designada por “Magna Carta das Liberdades de Inglaterra” se decretou e estabeleceu que nenhum homem livre podia ser detido ou preso ou privado dos seus bens,

das suas liberdades e franquias, ou posto fora da lei e eLivros ou de qualquer modo molestado, a não ser por virtude de sentença legal dos seus pares ou da lei do país.

E considerando também que foi decretado e estabelecido, por autoridade do Parlamento, no vigésimo oitavo ano do reinado do rei Eduardo III, que ninguém, fosse qual fosse a sua categoria ou condição, podia ser expulso das suas terras ou da sua morada, nem detido, preso, deserdado ou morto sem que lhe fosse dada a possibilidade de se defender em processo jurídico regular.

E considerando que ultimamente grandes contingentes de soldados e marinheiros têm sido destacados para diversos condados do reino, cujos habitantes têm sido obrigados, contra vontade, a acolhê-los e a aboletá-los nas suas casas, com ofensa das leis e costumes e para grande queixa e vexame do povo.

E considerando também que o Parlamento decretou e ordenou, no vigésimo quinto ano do reinado do rei Eduardo III, que ninguém podia ser condenado à morte ou à mutilação sem observância das formas da Magna Carta e do direito do país; e que, nos termos da mesma Magna Carta e de outras leis e provisões do vosso reino, ninguém pode ser condenado à morte senão em virtude de leis estabelecidas neste vosso reino ou de costumes do mesmo reino ou de atos do Parlamento; e que nenhum transgressor, seja qual for a sua classe, pode subtrair-se aos processos normais e às penas infligidas pelas leis e provisões deste vosso reino; e considerando que, todavia, nos últimos tempos, diversos diplomas, com o Grande Selo de Vossa Majestade, têm investido certos comissários de

poder e autoridade para, no interior do país, aplicarem a lei marcial contra soldados e marinheiros e outras pessoas que a estes se tenham associado na prática de assassinatos, roubos, felonias, motins ou quaisquer crimes e transgressões, e para sumariamente os julgar, condenar e executar, quando culpados, segundo as formas da lei marcial e os usos dos exércitos em tempo de guerra. E, a pretexto disto, alguns dos súditos de Vossa Majestade têm sido punidos por estes comissários com a morte, quando é certo que, se eles tivessem merecido a morte em harmonia com as leis e provisões do país, também deveriam ter sido julgados e executados de acordo com estas mesmas leis e provisões e não de qualquer outro modo.

Por todas estas razões, os lordes espirituais e temporais e os comuns humildemente imploram a Vossa Majestade que, a partir de agora, ninguém seja obrigado a contribuir com qualquer dádiva, empréstimo ou benevolence e a pagar qualquer taxa ou imposto, sem o consentimento de todos, manifestado por ato do Parlamento; e que ninguém seja chamado a responder ou prestar juramento, ou a executar algum serviço, ou encarcerado, ou, de uma forma ou de outra molestado ou inquietado, por causa destes tributos ou da recusa em os pagar; e que nenhum homem livre fique sob prisão ou detido por qualquer das formas acima indicadas; e que Vossa Majestade haja por bem retirar os soldados e marinheiros e que, para futuro, o vosso povo não volte a ser sobrecarregado; e que as comissões para aplicação da lei marcial sejam revogadas e anuladas e que, doravante, ninguém mais possa ser incumbido de outras comissões semelhantes, a fim de nenhum

súdito de Vossa Majestade sofrer ou ser morto, contrariamente às leis e franquias do país.

Tudo isto rogam os lordes espirituais e temporais e os comuns a Vossa Majestade como seus direitos e liberdades, em conformidade com as leis e provisões deste reino; assim como rogam a Vossa Majestade que se digne declarar que as sentenças, ações e processos, em detrimento do vosso povo, não terão consequências para futuro nem servirão de exemplo, e que ainda Vossa Majestade graciosamente haja por bem declarar, para alívio e segurança adicionais do vosso povo, que é vossa régia intenção e vontade que, a respeito das coisas aqui tratadas, todos os vossos oficiais e ministros servirão Vossa Majestade de acordo com as leis e a prosperidade deste reino.

Pouco disposto a ter seu poder diminuído, o rei católico Carlos I dissolveu o Parlamento e governou com dura tirania durante onze anos. Mas a semente da revolução estava lançada. Os puritanos deflagraram, em 1642, uma guerra civil contra a coroa que durou até 1688. Nesse ano, o rei Jaime II, líder dos católicos, foi expulso do poder, e em seu lugar assumiu Maria Stuart, casada com Guilherme de Orange, que depois assumiria o trono como Guilherme III. Com a chegada dos puritanos ao trono, a coroa cedeu ao Parlamento muitas prerrogativas, que ainda hoje são mantidas na Inglaterra.

Em provas, portanto, devem ser apontadas como principais contribuições da *Petition of Right*, de 1628:

- submissão da vontade do rei à aprovação do Parlamento no que se refere à instituição de tributos;
- proibição de prisões ilegais.

5.1.1. A LEI DO *HABEAS CORPUS*

Sete anos depois de iniciada a guerra civil inglesa, em 1649, o rei Carlos I foi capturado e decapitado pelos puritanos vitoriosos. E a Inglaterra ficou sem rei. Interinamente, e durante onze anos, ocupou o trono um militar e político, fervorosamente anticatólico, chamado Oliver Cromwell.

Em 1658, com a morte de Cromwell, seu filho Richard assumiu o poder, mas por pouco tempo, porque o exército da Escócia derrubou-o para pôr em seu lugar o católico Carlos II.

A guerra continuava e, apesar de o rei não deter poderes ilimitados, mesmo assim o povo achava necessária uma proteção legal para impedir desmandos das autoridades. Por isso, exigiu-se do rei Carlos II a edição da Lei do *Habeas Corpus* ("*Habeas Corpus*" Act), em 1679.

Esse instrumento resgatava uma prerrogativa de proteção aos direitos humanos – que, aliás, já existia na Carta Magna de 1215. Em resumo, tratava-se do direito de a pessoa ilegalmente detida ser levada diante de um tribunal para que ali se decidisse a legalidade de sua detenção.

Carlos II, da Inglaterra, morreu em 1685. Jaime II, seu irmão, subiu ao trono e pretendeu restaurar o catolicismo como religião oficial, perseguindo ferozmente todos os protestantes. Este foi o principal motivo de ter havido um êxodo tão grande de protestantes ingleses para as colônias, principalmente para os Estados Unidos.

Somente três anos depois, em 1688, os puritanos derrotariam definitivamente os católicos, e o Parlamento colocaria no trono Maria Stuart, que, apesar de ser filha de Jaime II, era protestante.

A Lei do "habeas corpus" de 1679

I - A reclamação ou requerimento escrito de algum indivíduo ou a favor de algum indivíduo detido ou acusado da prática de um crime (exceto tratando-se de traição ou felonía, assim declarada no mandato respectivo, ou de cumplicidade ou de suspeita de cumplicidade, no passado, em qualquer traição ou felonía, também declarada no mandato, e salvo o caso de formação de culpa ou incriminação em processo legal), o lorde-chanceler ou, em tempo de férias, algum juiz dos tribunais superiores, depois de terem visto cópia do mandato ou o certificado de que a cópia foi recusada, concederão providência de "habeas corpus" (exceto se o próprio indivíduo tiver negligenciado, por dois períodos, em pedir a sua libertação) em benefício do preso, a qual será imediatamente executória perante o mesmo lorde-chanceler ou o juiz; e, se afiançável, o indivíduo será solto, durante a execução da providência, comprometendo-se a comparecer e a responder à acusação no tribunal competente.

II - A providência será decretada em referência à presente lei e será assinada por quem a tiver concedido.

III - A providência será executada e o preso apresentado no tribunal, em curto prazo, conforme a distância, e que não deve exceder em caso algum vinte dias.

IV - Os oficiais e os guardas que deixaram de praticar os atos de execução devidos, ou que não entregarem ao preso ou ao seu representante, nas seis horas que se seguirem à formulação do pedido, uma cópia autêntica do mandato de captura, ou que mudarem o preso de um local para outro, sem suficiente razão ou autoridade, pagarão 100 libras,

no primeiro caso, e 200 libras, no segundo caso, ao queixoso, além de perderem o cargo.

V - Quem tiver obtido providência de “habeas corpus” não poderá voltar a ser capturado pelo mesmo fato sob pena de multa de 500 libras ao infrator.

VI - Quem estiver preso, por traição ou felonía, poderá se o requerer, conhecer a acusação, na primeira semana do período judicial seguinte ou no primeiro dia da sessão, ou obter caução, exceto se a prova invocada pela Coroa não se puder produzir nessa altura; e, se absolvido ou se não tiver sido formulada a acusação e se for submetido de novo a julgamento em novo período ou sessão, ficará sem efeito pelo direito imputado; porém, se no condado se efetuar sessão do tribunal superior, ninguém sairá em liberdade por virtude de “habeas corpus” até acabar a sessão, ficando então confiado à justiça desse tribunal.

A Constituição brasileira de 1988 prevê o *habeas corpus* no art. 5º, inciso LXVIII: “conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

5.2. A DECLARAÇÃO DE DIREITOS (*BILL OF RIGHTS*)

Maria Stuart e o marido Guilherme de Orange assumiram o trono, mas sob estrito controle do Parlamento inglês. Em 1689, no ano seguinte à sua coroação, tiveram que aceitar e promulgar a Declaração de Direitos (conhecida como *Bill of Rights*). Essa declaração foi o documento mais

importante na história ocidental, no sentido da limitação dos poderes dos reis.

A História mostra, no entanto, que não basta limitar os poderes dos governantes para garantir os direitos humanos. No texto da Declaração dos Direitos da Inglaterra pode-se observar que o povo não participava do processo.

Declaração de Direitos da Inglaterra de 1689

Os Lordes espirituais e temporais e os membros da Câmara dos Comuns declaram, desde logo, o seguinte:

que é ilegal a faculdade que se atribui à autoridade real para suspender as leis ou seu cumprimento;

que, do mesmo modo, é ilegal a faculdade que se atribui à autoridade real para dispensar as leis ou o seu cumprimento, como anteriormente se tem verificado, por meio de uma usurpação notória;

que tanto a Comissão para formar o último Tribunal, para as coisas eclesiásticas, como qualquer outra Comissão do Tribunal da mesma classe são ilegais ou perniciosas;

que é ilegal toda cobrança de impostos para a Coroa sem o concurso do Parlamento, sob pretexto de prerrogativa, ou em época e modo diferentes dos designados por ele próprio;

que os súditos têm direitos de apresentar petições ao Rei, sendo ilegais as prisões e vexações de qualquer espécie que sofram por esta causa;

que o ato de levantar e manter dentro do país um exército em tempo de paz é contrário à lei, se não proceder autorização do Parlamento;

que os súditos protestantes podem ter, para a sua defesa, as armas necessárias à sua condição e permitidas por lei;

que devem ser livres as eleições dos membros do Parlamento;

que os discursos pronunciados nos debates do Parlamento não devem ser examinados senão por ele mesmo, e não em outro Tribunal ou sítio algum;

que não se exigirão fianças exorbitantes, impostos excessivos, nem se imporão penas demasiado severas;

que a lista dos Jurados eleitos deverá fazer-se em devida forma e ser notificada; que os jurados que decidem sobre a sorte das pessoas nas questões de alta traição deverão ser livres proprietários de terras;

que são contrárias às leis e, portanto, nulas todas as concessões ou promessas de dar a outros os bens confiscados a pessoas acusadas, antes de se acharem estas convictas ou convencidas;

que é indispensável convocar com frequência os Parlamentos para satisfazer os agravos, assim como para corrigir, afirmar e conservar as leis.

Reclamam e pedem, com repetidas instâncias, todo o mencionado, considerando-o como um conjunto de direitos e liberdades incontestáveis, como também, que para o futuro não se firmem precedentes nem se deduza consequência alguma em prejuízo do povo.

A esta petição de seus direitos fomos estimulados, particularmente, pela declaração de S. A. o Príncipe de Orange, que levará a termo a liberdade do país, que se acha tão adiantada, e esperamos que não permitirá sejam desconhecidos os direitos que acabamos de recordar, nem que se reproduzam os atentados contra a sua religião, direitos e liberdades.

Em suma, as principais conquistas contidas no *Bill of Rights* de 1689 foram:

- fortalecimento do princípio da legalidade, ao prever que a suspensão da lei ou de sua execução pelo rei depende do consentimento do Parlamento;
- previsão, de forma inédita, do direito de petição;
- liberdade de eleições dos membros do Parlamento;
- imunidade parlamentar no que toca às palavras e manifestações proferidas no próprio Parlamento;
- vedação de fianças exorbitantes, de impostos excessivos e de penas severas.

O *Bill of Rights* foi seguido do *Act of Settlement*, de 1701, que também assegurava a submissão dos reis à lei. Previa, ainda, o *impeachment* de magistrados.

5.3. A DECLARAÇÃO DE DIREITOS NORTE-AMERICANA

Houve uma segunda declaração de direitos, exatos 100 anos depois, nos Estados Unidos da América. Inspirada na inglesa, seria a primeira Constituição do mundo. É um conjunto de dez emendas, chamado *Bill of Rights* (Declaração de Direitos), porque define os direitos básicos dos cidadãos norte-americanos perante o Estado. Foi promulgada pelo primeiro presidente norte-americano, George Washington.

Bill of Rights dos Estados Unidos

O Congresso dos Estados Unidos, reunido na cidade de Nova York, na quarta-feira, 4 de março do ano de mil, setecentos e oitenta e nove.

Convencionais de um número de Estados, tendo adotado a Constituição, expressaram desejo, no sentido de prevenir interpretação errônea ou abuso

dos seus poderes, que outras cláusulas declaratórias e restritivas serão acrescentadas, que, estendendo a base da confiança pública no Governo, melhor assegurarão os fins benéficos desta Constituição.

Resolvem o Senado e a Câmara dos Deputados dos Estados Unidos da América, reunidos em Congresso, presentes dois terços de cada Casa, que os seguintes artigos são propostos à Legislatura dos diversos Estados como emendas à Constituição dos Estados Unidos, sendo válidos todos ou quaisquer de tais artigos, quando ratificados por três quartos de ditas Legislaturas, para todos os propósitos pretendidos, como parte da dita Constituição, a saber:

Os artigos serão acrescentados como emendas à Constituição dos Estados Unidos da América, propostos ao Congresso e ratificados pelos diversos Estados, de acordo com a quinta emenda da Constituição original.

Primeira emenda

O Congresso não fará leis que estabeleçam religião ou que proíbam o seu livre exercício; ou que reduzam a liberdade de expressão ou de imprensa; ou que cerceiem o direito das pessoas de se reunir pacificamente ou de apresentar queixas ao Governo.

Segunda emenda

Uma bem regulada milícia, sendo necessário para a segurança de um Estado livre o direito do povo de manter e portar armas, não será desrespeitada.

Terceira emenda

Nenhum soldado se aquartelará em qualquer casa, em tempo de paz, sem o consentimento do proprietário, nem em tempo de guerra num modo que não esteja previsto em lei.

Quarta emenda

O direito do povo de segurança das suas pessoas, documentos e efeitos contra busca e apreensão não razoáveis não será violado, e nenhum mandado será emitido, a não ser por causa provável apoiada em juramento e afirmação, descrevendo particularmente o local a ser revistado e as pessoas ou coisas a serem apreendidas.

Quinta emenda

Nenhuma pessoa será detida para responder por um crime capital ou infame sem ter sido indiciada pelo Grande Júri, exceto em casos em que esteja atuando em forças de terra ou de mar, ou da Milícia, quando em real serviço de guerra ou de risco público; nenhuma pessoa será submetida a ter a vida colocada em risco ou amputação pelo mesmo crime; nenhuma pessoa será compelida, num caso criminal, a ser testemunha contra si mesmo, nem ser privado da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; nem será a propriedade privada tomada para uso público sem a justa compensação.

Sexta emenda

Em todos os processos criminais, o acusado desfrutará o direito de um julgamento público rápido, por um júri imparcial do Estado e do distrito onde o crime tiver sido cometido, tal distrito confirmado previamente pela lei, e de ser informado da natureza e da causa da acusação; de ser confrontado com as testemunhas de acusação; de ter processo compulsório de obtenção de testemunhas de defesa, e de ter assistência de um advogado para a sua defesa.

Sétima emenda

Em processos da lei comum, em que o valor da controvérsia exceder vinte dólares, o direito de julgamento pelo júri será preservado, e nenhum fato

examinado por um júri será reexaminado por qualquer tribunal dos Estados Unidos, a não ser de acordo com a lei comum.

Oitava emenda

Fiança excessiva não será requerida, nem multas excessivas impostas, nem punições cruéis e incomuns infligidas.

Nona emenda

A enumeração, na Constituição, de certos direitos, não será interpretada para negar ou depreciar outros direitos guardados pelo povo.

Décima emenda

Os poderes não delegados aos Estados Unidos pela Constituição, nem proibidos aos Estados, são reservados aos Estados respectivamente, ou ao povo.

A Constituição americana tem por base a revolução burguesa de 1688, da Inglaterra, e a Revolução Francesa de 1789 – que veremos a seguir.

A raiz de todos esses movimentos de legalização dos direitos do homem é a Magna Carta de 1215, na qual já estavam presentes elementos essenciais como a limitação do poder do Estado e a declaração dos direitos fundamentais da pessoa humana.

5.4. A PRIMEIRA DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM

A Revolução Francesa foi o mais importante movimento social do mundo moderno. Ocasinou o fim do feudalismo europeu seus princípios foram consolidados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada pela Assembleia Nacional, em 1789, após a derrubada da monarquia francesa.

A declaração estabeleceu reformas políticas que davam aos cidadãos o direito à liberdade e de serem tratados igualmente perante a lei, que seria alcançado pela tripartição dos poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário, independentes entre si, de modo que um não interferisse no outro.

Essa divisão, que hoje em dia nos parece corriqueira, foi à época uma novidade notável. Deveu-se às ideias de Montesquieu, no livro *O Espírito das Leis*, publicado em 1748.

A declaração também estabeleceu separação entre Estado e Igreja. Caberia ao Estado a obrigação de oferecer educação, saúde e segurança para toda a população. O povo, por sua vez, participaria de eleições, escolhendo representantes para tomarem decisão em seu nome.

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão

I – Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos; as distinções sociais não podem ser fundadas senão sobre a utilidade comum.

II – O objetivo de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem; esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

III – O princípio de toda a soberania reside essencialmente na razão; nenhum corpo, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane diretamente.

IV – A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique a outrem. Assim, o exercício dos direitos naturais do homem não tem limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos; seus limites não podem ser determinados senão pela lei.

V - A lei não tem o direito de impedir senão as ações nocivas à sociedade. Tudo o que não é negado pela lei não pode ser impedido e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordenar.

VI - A lei é a expressão da vontade geral; todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou por seus representantes, à sua formação; ela deve ser a mesma para todos, seja protegendo, seja punindo. Todos os cidadãos, sendo iguais a seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo sua capacidade e sem outras distinções que as de suas virtudes e de seus talentos.

VII - Nenhum homem pode ser acusado, detido ou preso, senão em caso determinado por lei, e segundo as formas por ela prescritas. Aqueles que solicitam, expedem ou fazem executar ordens arbitrárias, devem ser punidos; mas todo cidadão, chamado ou preso em virtude de lei, deve obedecer em seguida; torna-se culpado se resistir.

VIII - A lei não deve estabelecer senão penas estritamente necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada ao delito e legalmente aplicada.

IX - Todo homem é tido como inocente até o momento em que seja declarado culpado; se for julgado indispensável para a segurança de sua pessoa, deve ser severamente reprimido pela lei.

X - Ninguém pode ser inquietado por suas opiniões, mesmo religiosas, contanto que suas manifestações não perturbem a ordem pública estabelecida em lei.

XI - A livre comunicação dos pensamentos e opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem; todo o cidadão pode, pois, falar, escrever e

imprimir livremente; salvo a responsabilidade do abuso dessa liberdade nos casos determinados pela lei.

XII - A garantia dos direitos do homem e do cidadão necessita de uma força pública; essa força é então instituída para vantagem de todos e não para a utilidade particular daqueles a quem ela for confiada.

XIII - Para a manutenção da força pública e para as despesas de administração, uma contribuição comum é indispensável; ela deve ser igualmente repartida entre todos os cidadãos, em razão de suas faculdades.

XIV - Os cidadãos têm o direito de constatar, por si mesmos ou por seus representantes, a necessidade da contribuição pública, de consenti-la livremente e de vigiar seu emprego, de determinar sua quota, lançamento, recuperação e duração.

XV - A sociedade tem o direito de pedir contas de sua administração a todos os agentes do poder público.

XVI - Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição.

XVII - A propriedade, sendo um direito inviolável e sagrado, ninguém pode ser dela privado senão quando a necessidade pública, legalmente constatada, o exija evidentemente, e sob a condição de uma justa e prévia indenização.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão constitui, na Era Moderna, o primeiro marco normativo dos direitos humanos ao consagrar, entre outros, os princípios da igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão,

legalidade, presunção de inocência, liberdade religiosa e de manifestação de pensamento.

PIONEIRISMO MEXICANO

A Constituição mexicana de 1917 foi pioneira na consagração de direitos sociais. Foi a primeira Constituição a tratar da reforma agrária.

Além disso, contemplou indiscutíveis avanços individuais e sociais:

- No artigo 1 determina a outorga de garantias ou de direitos individuais de todos os tipos de pessoas, sem discriminação de classe social ou categoria econômica.
- No artigo 2 proíbe escravidão.
- No artigo 3 estabelece educação laica para escolas públicas e particulares.
- No artigo 4 prevê a liberdade de trabalho.
- No artigo 5 proíbe a criação e os votos religiosos de ordens religiosas.
- No artigo 7 estabelece a liberdade de imprensa.
- No artigo 24 estabelece a liberdade de crença, proibindo porém qualquer ato de culto fora dos templos ou casas particulares.
- O artigo 107 institui o “juízo de amparo”. É um instrumento de defesa do particular contra o poder público e deu origem, mais tarde, ao chamado mandado de segurança.
- O artigo 123 estabelece um sistema de defesa da classe trabalhadora.

5.5. A CONVENÇÃO DE GENEBRA

Com as sucessivas guerras entre nações, o mundo enfrentou conflitos étnicos, sociais, comerciais, o que forçou até mesmo a reconfiguração geográfica, com o surgimento e desaparecimento de países.

O número de mortos e feridos evidenciou a necessidade de se consolidar regras a serem respeitadas em tempo de guerra, mormente para preservar a população civil e os feridos em combate. Foi o suíço Henry Dunant o responsável pela ideia de

reunir representantes de todos os países para discutir um tratado a respeito. Esse homem, durante a batalha de Solferino, em 1859, entre os exércitos austríacos e franco-piemonteses, teve a iniciativa de organizar um serviço voluntário de pronto-socorro para soldados feridos de ambos os lados, que viria a se tornar a Cruz Vermelha.

Em Genebra, na Suíça, em 22 de agosto de 1864, foi assinado o primeiro de uma série de tratados internacionais que receberam o nome de Convenção de Genebra. O objetivo era tentar amenizar os efeitos das guerras, principalmente sobre a população civil.

Convenção de Genebra para aliviar a sorte dos militares feridos dos exércitos em campanha (texto original de 1864)

Sua Majestade o Rei dos Belgas, Sua Alteza Real o grão-duque de Baden, Sua Majestade o Rei da Dinamarca, Sua Majestade a Rainha da Espanha, Sua Majestade o Imperador dos Franceses, Sua Alteza Real o grão-duque de Hesse, Sua Majestade o Rei da Itália, Sua Majestade o Rei dos Países Baixos, Sua Majestade o Rei de Portugal e Algarve, Sua Majestade o Rei da Prússia, a Confederação Suíça, Sua Majestade o Rei de Wurtermberg:

Animados, por igual, do desejo de suavizar, tanto quanto deles dependa, os males irreparáveis da guerra, de suprimir os rigores inúteis e melhorar a sorte dos militares feridos nos campos de batalha, resolveram concluir uma Convenção com esse objetivo e nomearam seus Plenipotenciários, a saber:

(...)

os quais, após terem apresentado seus poderes, encontrados em boa e devida forma,

convencionaram os artigos seguintes:

Art. 1º As ambulâncias e os hospitais militares serão reconhecidos como neutros e como tal protegidos e respeitados pelos beligerantes, durante todo tempo em que neles houver doentes e feridos.

A neutralidade cessará se essas ambulâncias ou hospitais forem guardados por uma força militar.

Art. 2º O pessoal dos hospitais e das ambulâncias, nele incluídos a intendência, os serviços de saúde, de administração, de transporte de feridos, assim como os capelães, participarão do benefício da neutralidade, enquanto estiverem em atividade e subsistirem feridos a recolher ou a recorrer.

Art. 3º As pessoas designadas no artigo precedente poderão, mesmo após a ocupação pelo inimigo, continuar a exercer suas funções no hospital ou ambulância em que servirem, ou retirar-se para retomar seus postos na corporação a que pertencem. Nessas circunstâncias, quando tais pessoas cessarem suas funções, elas serão entregues aos postos avançados do inimigo, sob a responsabilidade do exército de ocupação.

Art. 4º Tendo em vista que o material dos hospitais militares permanece submetido às leis de guerra, as pessoas em serviço nesses hospitais não poderão, ao se retirarem, levar consigo os objetos que constituem propriedade particular dos hospitais. Nas mesmas circunstâncias, ao revés, a ambulância conservará seu material.

Art. 5º Os habitantes do país, os quais socorrem os feridos, serão respeitados e permanecerão livres. Os generais das Potências beligerantes terão por missão prevenir os habitantes do apelo assim feito ao seu sentimento de humanidade e da neutralidade que lhe é consequente. Todo ferido, recolhido e

tratado numa casa particular, conferirá salvaguarda a esta última. O habitante que recolher feridos em sua casa será dispensado de elogiar as tropas, assim como de pagar uma parte dos tributos de guerra que lhe seriam impostos.

Art. 6º Os militares feridos ou doentes serão recolhidos e tratados, qualquer que seja a nação à qual pertençam. Os comandantes em chefe terão a faculdade de entregar imediatamente, aos postos avançados do inimigo, os militares feridos em combate, quando as circunstâncias o permitirem e desde que haja consentimento de ambas as partes. Serão repatriados em seus países aqueles que, uma vez curados, forem reconhecidos como incapazes de servir. Os outros poderão igualmente ser repatriados, sob a condição de não retomarem armas durante toda a guerra. As forças de retirada, como o pessoal que as dirige, ficarão garantidas por uma neutralidade absoluta.

Art. 7º Uma bandeira distinta e uniforme será adotada pelos hospitais e ambulâncias, bem como durante as retiradas. Ela deverá ser, em qualquer circunstância, acompanhada da bandeira nacional. Uma braçadeira será igualmente admitida para o pessoal neutro; mas a sua distribuição ficará a cargo da autoridade militar. A bandeira e a braçadeira terão uma cruz vermelha sobre fundo branco.

Posteriormente, novos tratados foram firmados e passaram a compor a Convenção de Genebra com vistas a incluir novas questões que pudessem atentar contra a humanidade.

Em 1907, em Haia, na Holanda, foi realizada a II Convenção de Genebra, na qual se decidiu estender os princípios da convenção para conflitos marítimos, não previstos originalmente, para proteger os

doentes, feridos ou náufragos de forças armadas no mar.

Em 1925, a III Convenção de Genebra promoveu nova revisão, determinando o tratamento humanitário a ser dado a prisioneiros de guerra.

Em 1949, a IV Convenção de Genebra, sob a influência dos acontecimentos da Segunda Guerra Mundial, processou-se atualizar os acordos em caso de conflito armado internacional. Esta convenção já foi realizada sob a coordenação da Organização das Nações Unidas, que existia, então, há um ano. Atualmente, continua em vigor a IV Convenção de Genebra, e seus princípios são aplicados mesmo quando não há declaração formal de guerra.

Em 1977, foram aprovados dois protocolos adicionais às Convenções de Genebra. O Protocolo I amplia a definição de vítimas de conflitos armados internacionais para incluir as vítimas de guerras de libertação nacional. O Protocolo II reforça a proteção das pessoas afetadas por conflitos armados internos.

Em 1980, a ONU propôs uma convenção para limitar o uso de algumas armas convencionais. E, em 1996, houve nova atualização proibindo o uso indiscriminado de minas terrestres e proibindo as armas de raios *laser* que provocam cegueira.

Atualmente, 188 países fazem parte das Convenções de Genebra.

6 DIREITOS HUMANOS E DIREITO INTERNACIONAL

6.1. OS DIREITOS HUMANOS NA ORDENAÇÃO INTERNACIONAL

Os dois documentos recentes mais importantes, com referência aos direitos humanos, são:

Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (IX Conferência Internacional Americana, realizada em Bogotá, Colômbia, em 1948) – *“Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos e, como são dotados pela natureza de razão e consciência, devem proceder fraternalmente uns para com os outros.”*

Declaração Universal dos Direitos do Homem (III Sessão Ordinária da Assembleia Geral das Nações Unidas, 1948) – *“Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir, uns aos outros, com espírito de fraternidade.”*

Foi a Convenção de Genebra, contudo, que inaugurou uma nova área do Direito, que se convencionou chamar de *direito humanitário*. Segundo Fábio Konder Comparato, a Convenção de Genebra foi *“a primeira introdução dos direitos humanos na esfera internacional. O direito da guerra e da paz, cuja sistematização foi feita originalmente por Hugo Grócio em sua obra seminal no início do século XVII (Ius Belli ac Pacis), passou, desde então, a bipartir-se em direito preventivo da guerra (ius ad bellum) e direito da situação ou estado de guerra (ius in bello), destinado a regular as ações das potências combatentes.”*

Referido documento internacional classifica três espécies os crimes cometidos, a saber:

Crimes de guerra: assassinato ou maus-tratos de civis, deportação ou confinamento (de civis ou militares) para trabalhos forçados, assassinato ou maus-tratos de prisioneiros, pilhagem ou saque, destruição de cidades sem necessidade militar e assassinato de reféns.

Crimes contra a paz: planejar guerra de agressão ou em violação a tratados internacionais e participar de plano comum ou conspiração para promover esses atos.

Crimes contra a humanidade: extermínio, escravidão e outros atos desumanos antes ou durante uma guerra, perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos.

6.1.1. SOBRE TRATADOS

Tratados são acordos internacionais concluídos por escrito entre Estados e regidos pelo Direito Internacional, quer constem de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos anexos, qualquer que seja sua denominação específica.

Constituem a principal fonte de obrigação do Direito Internacional. O termo “tratado”, em verdade, é genérico, e abrange também pactos, convenções, cartas, convênios e protocolos firmados entre países.

Outra fonte são os costumes internacionais, cujas diretrizes principais são, por vezes, codificadas em tratados, o que é desnecessário para sua observância, conforme previsão do art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

Existem tratados bilaterais ou multilaterais.

Um dos primeiros tratados da história foi assinado treze séculos antes de Cristo, entre o reino da Anatólia (atual Turquia) e o Egito. O acordo colocava fim a uma guerra entre o rei Hatusil III e o faraó Ramsés II, curiosamente travada dentro do território de um terceiro país, a Síria.

No início da Idade Moderna, foi celebrado o Tratado de Tordesilhas (1494), que dividia o continente americano entre Espanha e Portugal. Como, neste caso, eram dois países católicos, o tratado teve como mediador o papa Alexandre VI.

O processo de formação dos tratados internacionais está regulado pela Convenção de Viena de 1969, assinada mas ainda não ratificada pelo Brasil. Referido documento dispõe apenas sobre tratados firmados entre Estados, não abrangendo, assim, aqueles dos quais participem organizações internacionais.

Por se tratar de uma codificação geral do direito costumeiro internacional, tem-se entendido que a Convenção de Viena aplica-se mesmo aos Estados que dela não sejam signatários.

Não obstante, de acordo com a Convenção, os tratados aplicam-se apenas aos Estados que neles figuram como partes e devem ser por eles cumpridos de boa-fé. Isso significa, entre outras coisas, que o Estado não poderá invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento do tratado (disposição expressa contida no art. 27 da Convenção de Viena).

O acordo internacional não necessariamente deve ser aceito pelo Estado-parte em sua integralidade. A Convenção de Viena, em seu art. 19, prevê a possibilidade de formulação de reserva, que seria, nos termos daquele documento, uma declaração

unilateral feita pelo Estado ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, com o propósito de excluir ou modificar o efeito jurídico de algumas de suas previsões, quando aplicado naquele Estado. A reserva pode ser feita desde que não seja incompatível com o objeto e o fim do tratado, e desde que este não estabeleça a proibição de sua formulação.

A Convenção de Viena do Direito dos Tratados, da ONU, de 1969 (mas que entrou em vigor em 1980), em seu art. 2º, define as expressões empregadas no documento:

a) *“tratado” significa 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;*

b) *“ratificação”, “aceitação”, “aprovação” e “adesão” significam, conforme o caso, o ato internacional assim denominado pelo qual um Estado estabelece no plano internacional o seu consentimento em obrigar-se por um tratado;*

c) *“plenos poderes” significa um documento expedido pela autoridade competente de um Estado e pelo qual são designadas uma ou várias pessoas para representar o Estado na negociação, adoção ou autenticação do texto de um tratado, para manifestar o consentimento do Estado em obrigar-se por um tratado ou para praticar qualquer outro ato relativo a um tratado;*

d) *“reserva” significa uma declaração unilateral, qualquer que seja a sua redação ou denominação, feita por um Estado ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, com o objetivo*

de excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado em sua aplicação a esse Estado;

e) “Estado negociador” significa um Estado que participou na elaboração e na adoção do texto do tratado;

f) “Estado contratante” significa um Estado que consentiu em se obrigar pelo tratado, tenha ou não o tratado entrado em vigor;

g) “parte” significa um Estado que consentiu em se obrigar pelo tratado e em relação ao qual este esteja em vigor;

h) “terceiro Estado” significa um Estado que não é parte no tratado;

i) “organização internacional” significa uma organização intergovernamental.

2. As disposições do parágrafo 1 relativas às expressões empregadas na presente Convenção não prejudicam o emprego dessas expressões, nem os significados que lhes possam ser dados na legislação interna de qualquer Estado.

O art. 27 da Convenção de Viena estabelece: “Uma parte não pode invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento do tratado” e deve ser cumprido de boa-fé pelas partes. Complementarmente, o art. 46 acrescenta, em relação às disposições do direito interno sobre competência para concluir tratados:

1. Um Estado não pode invocar o fato de que seu consentimento em obrigar-se por um tratado foi expresso em violação de uma disposição de seu direito interno sobre competência para concluir tratados, a não ser que essa violação fosse manifesta e dissesse respeito a uma norma de seu direito interno de importância fundamental.

2. Uma violação é manifesta se for objetivamente evidente para qualquer Estado que proceda, na matéria, de conformidade com a prática normal e de boa-fé.

No livro *A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos*, Flávia Piovesan afirma que “os tratados internacionais de direitos humanos têm como fonte um campo do Direito extremamente recente, denominado direito internacional dos direitos humanos, que é o Direito do pós-Guerra, nascido como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos pelo nazismo”. Ensina ela que o direito internacional dos direitos humanos surgiu em meados do século XX, em decorrência da Segunda Guerra Mundial, e que parte das monstruosas violações poderia ter sido evitada caso existisse, à época, um sistema de proteção internacional dos direitos humanos.

A Constituição brasileira de 1988 faz referência ao Direito Internacional, ligando-o às questões dos direitos humanos, já no seu art. 4º: “a República Federativa do Brasil rege-se na suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) II – a prevalência dos direitos humanos”.

6.2. O PROCESSO DE FORMAÇÃO E INCORPORAÇÃO DE TRATADOS INTERNACIONAIS NO DIREITO BRASILEIRO

Os modos pelos quais os tratados podem ser admitidos pelo ordenamento nacional variam de país a país. Cada qual, exercendo sua soberania, estabelece os requisitos para a celebração e a incorporação dos tratados internacionais. No Brasil,

as regras pertinentes encontram-se na Constituição: art. 49, I, e art. 84, VIII.

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional (...).

Art. 84. (...): (...) VIII — Compete privativamente ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos ao referendo do Congresso Nacional.

Em geral, o processo de formação tem início com atos de negociação, conclusão e assinatura do tratado, de competência de órgão do Poder Executivo, sendo que a assinatura constitui mero aceite precário, sem efeitos jurídicos vinculantes, indicando apenas que o tratado é autêntico e definitivo. Seu efeito mais evidente é assegurar a imutabilidade do texto que se assina.

Em seguida, sucede sua apreciação e sua aprovação pelo Poder Legislativo. Por fim, tem-se o ato de ratificação pelo Poder Executivo, que é o ato pelo qual o Estado se obriga pelo tratado em âmbito internacional. Assim, é a ratificação que proporciona a incorporação do tratado internacional ao ordenamento pátrio.

Esquemáticamente temos:

Fase de negociação: compreende os atos de negociação, conclusão e assinatura levados a efeito pelo Poder Executivo



Deliberação e aprovação pelo Poder Legislativo



Ratificação ou adesão pelo Poder Executivo

No Brasil, observa-se essa sistemática, e a incorporação de tratados internacionais resulta de um ato complexo integrado pelas vontades do Presidente da República e do Congresso Nacional.

Com efeito, da leitura sistemática do art. 84, VIII, e do art. 49, I, resulta, em síntese, que órgão do Poder Executivo é responsável pela celebração e assinatura do tratado, que vai a referendo do Congresso Nacional. Este o aprova por meio de decreto legislativo, encaminhando-o ao Presidente da República, a quem cabe a ratificação, ato final pelo qual o tratado é incorporado ao nosso sistema jurídico. Aqui, a ratificação é veiculada por meio de decreto, que promulga o texto do acordo, publicando-o na língua portuguesa em órgão da Imprensa Oficial.

Como mencionado, o regramento constitucional se restringe a apenas dois dispositivos. É, portanto, bastante sucinto. Não prevê, por exemplo, prazos para as diferentes etapas, o que gera verdadeiros absurdos, como, aliás, ocorre com a própria Convenção de Viena de 1969 sobre direito dos

tratados, assinada pelo Brasil naquele mesmo ano, mas não ratificada até o presente momento.

Primazia dos tratados

Na América do Sul, pelo menos cinco países têm legislação semelhante à brasileira, em que os tratados que envolvem direitos humanos têm hierarquia constitucional. É o caso das constituições da Argentina (art. 75, inc. 22), Paraguai (art. 145), Peru (art. 105), Uruguai (art. 7º) e Venezuela (art. 23).

Na Europa, o direito internacional tem primazia sobre o direito interno na Constituição de vários países: Alemanha (art. 25), França (art. 55), Grécia (art. 28, § 1º) e Espanha (art. 9.2).

Finalmente, na Constituição dos Estados Unidos, o art. VI diz: *“Esta Constituição e as Leis complementares e todos os Tratados já celebrados constituirão a Lei suprema do País”*.

Quadro sinótico

	PRINCIPAIS DOCUMENTOS HISTÓRICOS SOBRE DIREITOS HUMANOS	DESCRIÇÃO
<i>Petition of Rights</i> (Petição de Direitos)	1628 Inglaterra –	O Parlamento exigiu do rei Carlos I da Inglaterra promessa escrita de que respeitaria a vida, a liberdade, a saúde e a propriedade dos cidadãos.
<i>O Habeas Corpus Act</i> (a Lei do Habeas Corpus)	1679 Inglaterra –	Declarava que era direito de uma pessoa ilegalmente detida ser levada diante de um tribunal para que ali se decidisse sobre a legalidade de sua detenção.
<i>Bill of Rights</i> (declaração inglesa de direitos)	1689 Inglaterra –	Declarava que os reis não tinham superioridade em relação às leis.
<i>Bill of Rights</i> (declaração norte-americana de direitos)	1789 – Estados Unidos	Conjunto de dez emendas que define os direitos básicos dos cidadãos perante o poder do Estado. É a base da Constituição norte-americana.
Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão	1789 – França	Estabelecia reformas políticas que davam aos cidadãos o direito à liberdade e de serem tratados igualmente perante a lei.
Convenção	1864 – Suíça	Tratado que definiu e regulamentou punições para

de Genebra	1864	Regulamenta princípios para crimes de guerra contra civis.
-------------------	------	--

II Convenção de Genebra	1907	Estende os princípios para conflitos marítimos.
III Convenção de Genebra	1925	Determina tratamento humanitário a ser dado a prisioneiros de guerra.
IV Convenção de Genebra	1949	Analisa acontecimentos da Segunda Guerra Mundial e atualiza os princípios. Continua em vigor atualmente.
Atualizações da Convenção de Genebra	<p>1) Em 1977, foram aprovados dois protocolos adicionais às Convenções de Genebra.</p> <p>2) Em 1980</p> <p>3) Em 1996</p>	<p>O Protocolo I amplia a definição de vítimas de conflitos armados internacionais para incluir as vítimas de guerras de libertação nacional. O Protocolo II reforça a proteção das pessoas afetadas por conflitos armados internos.</p> <p>Limitação do uso de algumas armas convencionais.</p> <p>Proibição do uso indiscriminado de minas terrestres e de armas de raios <i>laser</i> que provocam cegueira.</p>

7 STATUS NORMATIVO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS

7.1. OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS ANTES DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/2004

Muito se discutiu, na doutrina e na jurisprudência, sobre a hierarquia dos tratados internacionais referentes a direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro.

Antes da Emenda Constitucional n. 45, que, como veremos, alterou substancialmente o panorama da questão, a controvérsia era dada pelo que dispõem os arts. 5º, § 2º, e 102, III, *b*, ambos da Constituição Federal.

Diz o art. 5º, § 2º, da CF: “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”.

O dispositivo constitucional afirma categoricamente: direitos e garantias consagrados em tratados internacionais firmados pelo Brasil integram o catálogo de direitos fundamentais do texto constitucional. Mas integram de que forma?

Como a norma não faz nenhuma ressalva, e os direitos fundamentais têm natureza materialmente constitucional (quanto a isso há praticamente unanimidade na doutrina), conclui-se que os tratados internacionais de direitos humanos, à luz deste art. 5º, § 2º, da CF, possuem hierarquia constitucional. É a posição de Flávia Piovesan, que

faz referência, ainda, à interpretação sistemática e teleológica do Texto como razão para acolher esse entendimento, além da aplicação do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais.

Também não se pode olvidar que os direitos humanos integram o chamado *jus cogens* internacional, conjunto de normas imperativas de direito internacional geral, insuscetíveis de qualquer derrogação.

A cláusula aberta do art. 5º, § 2º, da CF permite, portanto, a formação de um “bloco de constitucionalidade” composto pelos direitos previstos em tratados internacionais. Isso significa que tais direitos não restam incorporados propriamente no texto da Constituição, mas complementam o rol ali inscrito.

Por outro lado, estabelece o art. 102, III, *b*, da CF ser competência do Supremo Tribunal Federal julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal. Por esse dispositivo se vê que os tratados internacionais estão sujeitos a controle de constitucionalidade, o que implica possuírem *status* infraconstitucional.

Deve-se adotar aqui uma interpretação sistemática da Constituição Federal, compatibilizando as normas. A natureza dos tratados que versam sobre direitos humanos é peculiar, pois estão ligados a princípio tido como fundamental por nossa Constituição: o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Para tal espécie de tratados, ademais, há previsão constitucional expressa, como vimos (art. 5º, § 2º), valendo ainda mencionar que veiculam normas materialmente

constitucionais e que, diferentemente dos tratados comuns, não estabelecem meros compromissos recíprocos entre Estados pactuantes, mas verdadeiras salvaguardas ao ser humano.

A norma prevista no art. 102, III, *b*, da CF, portanto, não abrange os tratados internacionais de direitos humanos. Quanto aos demais, como decorrência do princípio da boa-fé vigente no direito internacional, segundo abalizada doutrina (entre outros, Flávia Piovesan e Valerio de Oliveira Mazzuoli), possuiriam hierarquia infraconstitucional, mas supralegal, haja vista que não pode o Estado invocar disposições do direito interno para descumprir tratados (art. 27 da Convenção de Viena).

Em suma, tínhamos, em face do regramento constitucional antes da Emenda Constitucional n. 45, a seguinte situação:

- Tratados internacionais de direitos humanos: hierarquia constitucional;
- Demais tratados internacionais: hierarquia supralegal.

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal antes da EC n. 45/2004 - Tal entendimento, todavia, não era o que prevalecia em nossa jurisprudência.

Ao julgar o Recurso Extraordinário n. 80.004, em 1977, o Supremo Tribunal Federal criou um precedente que iria influenciar fortemente a jurisprudência a partir de então.

Naquele julgamento, o STF assentou que tratados internacionais possuíam a mesma hierarquia que as leis federais. Como consequência, lei posterior poderia afastar a aplicação de tratado a ela anterior e com ela incompatível (como de fato restou

decidido), independentemente dos reflexos internacionais que pudessem ser gerados pelo descumprimento do tratado.

Tal posicionamento violou frontalmente o art. 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969), que, como visto, consagra o princípio da boa-fé no direito internacional (cabe ao Estado promover o cumprimento dos tratados firmados, não podendo a eles opor disposições de seu direito interno).

A única forma prevista em Direito Internacional para término de um tratado é sua denúncia, ato unilateral do Estado pelo qual manifesta seu intento de não mais se submeter aos ditames do acordo. Até que esta sobrevenha, o Estado continua responsável pelo cumprimento das disposições ali contidas, ao qual se obrigou mediante consentimento livremente firmado.

O entendimento do STF foi assentado anteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988, mas já sob a vigência desta foi reiterado no julgamento do HC 72.131-RJ, que versava sobre a prisão civil por dívida, vedada pelo Pacto de São José da Costa Rica (a menos que se trate de alimentos). Naquela oportunidade, restou vencedora a tese de que “a ordem constitucional vigente no Brasil não pode sofrer interpretação que conduza ao reconhecimento de que o Estado brasileiro, mediante convenção internacional, ter-se-ia interditado a possibilidade de exercer, no plano interno, a competência institucional que lhe foi outorgada expressamente pela própria Constituição da República” (trecho do voto do Ministro Celso de Mello).

Assentou-se, enfim, que o Pacto de São José da Costa Rica não poderia ter restringido as hipóteses

constitucionais de prisão civil por dívida, sendo ainda constitucional, portanto, a prisão civil do devedor em alienação fiduciária (depositário infiel).

Em suma, para o STF, independentemente de qual fosse a matéria versada em tratado internacional, seu *status*, em nosso ordenamento, seria sempre o de lei federal, de modo que nada impediria que fosse ele posteriormente revogado por lei que a ele sucedesse e que com ele fosse incompatível.

Argumentos da doutrina para o *status* legal dos tratados de direitos humanos - Em sede doutrinária, como defesa do *status* de lei ordinária dos tratados internacionais de direitos humanos, apontavam-se ainda outros dois argumentos: primeiro, nos termos do art. 60 da CF, seria necessário rito especial para que a Constituição fosse alterada, o que, como vimos, não ocorre com os tratados internacionais, para os quais vigora regra simplificada (sua incorporação ao ordenamento pátrio depende, em síntese, de simples ratificação pelo Congresso Nacional); em segundo lugar, dispõe o art. 60, § 4º, da CF que direitos e garantias individuais não podem ser retirados da Constituição, o que não seria observado por tratados internacionais de direitos humanos, que poderiam ser simplesmente denunciados. Diante dessas incompatibilidades, resultaria clara a impertinência em se sustentar seu *status* constitucional.

Tais argumentos são de fácil refutação. Com efeito, o fato de o rito para incorporação dos tratados ser diverso do das emendas constitucionais em nada prejudica o *status* constitucional de suas normas, uma vez que, como já mencionado, direitos fundamentais ou humanos são materialmente constitucionais e a legitimidade para sua

incorporação ao Texto Maior advém de seu processo de criação, diverso, mas não menos complexo que o das emendas constitucionais.

Do mesmo modo, no que se refere às cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, da CF), não há nenhuma incompatibilidade entre se atribuir *status* constitucional às normas de direitos humanos veiculadas por tratados internacionais e a circunstância de estes poderem ser denunciados a qualquer tempo. Trata-se tão somente de regime jurídico a eles particular. É dizer: por não terem sido formalmente veiculados por meio de emenda constitucional, os direitos humanos previstos em tratados internacionais podem ser suprimidos ou, a rigor, deixarem de ser reconhecidos expressamente pelo Estado.

Outras correntes sobre o *status* dos tratados internacionais de direitos humanos – Além dessas correntes (*status* constitucional e *status* legal), outros dois há em sede doutrinária: *a*) tratados de direitos humanos com *status* supraconstitucional; *b*) tratados de direitos humanos com *status* infraconstitucional, mas supralegal.

O primeiro deles parte do pressuposto de que o ordenamento internacional ocupa posição de superioridade em relação aos diversos ordenamentos nacionais, o que, no caso brasileiro, estaria claro a partir da redação do art. 5º, § 2º, da CF, que não permite ao constituinte originário excluir direitos humanos que já tenham sido consagrados em âmbito internacional; isto é, referido dispositivo demonstraria a submissão da Constituição ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

A segunda corrente – tratados de direitos humanos com *status* infraconstitucional, mas supralegal – procura compatibilizar a supremacia da Constituição (lei máxima da sociedade) com a disciplina internacional dos tratados, que, uma vez ratificados, só podem deixar de ser aplicados mediante denúncia, e nunca com base em simples revogação por lei posterior, o que, como já repisado, contraria o princípio da boa-fé internacional.

Daí, que, segundo esse entendimento, no ordenamento jurídico, os tratados internacionais de direitos humanos estariam acima das leis.

7.2. A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/2004

A Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, entre outras grandes mudanças que trouxe, inovou a matéria ao acrescentar o § 3º ao art. 5º da CF, com a seguinte redação: “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”.

Quis o constituinte derivado resolver a celeuma doutrinária e jurisprudencial, não logrando, todavia, êxito.

Com efeito, pela norma ali inscrita, caso os tratados de direitos humanos se sujeitem ao processo legislativo das emendas constitucionais, serão a elas equivalentes, ou seja, terão *status* constitucional. O dispositivo não esclarece, todavia, que *status* possuirão se não tramitarem da forma ali prevista. *A contrario sensu*, aliás, dá margem ao entendimento de que os tratados humanos simplesmente referendados pelo Congresso e

ratificados pelo Presidente da República seriam equivalentes à lei federal, como já vinha o STF entendendo.

Segundo Flávia Piovesan, o *status* constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos é extraído prontamente do § 2º do art. 5º da CF, pouco importando o rito de aprovação. É dizer: tais tratados são sempre materialmente constitucionais e compõem o chamado bloco de constitucionalidade.

Nesse sentido, a aprovação por *quorum* qualificado apenas propicia uma “constitucionalização formal” dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno. Esse raciocínio aplica-se aos tratados já aprovados antes da Emenda Constitucional n. 45/2004, muitos dos quais com *quorum* muito superior ao previsto pela emenda, não obstante não em dois turnos, haja vista que tal procedimento não era previsto à época.

Em síntese, os tratados internacionais de direitos humanos, por força do art. 5º, § 2º, possuirão sempre *status* jurídico de norma constitucional. São sempre materialmente constitucionais, não importando se foram ratificados antes ou depois da Emenda Constitucional n. 45. A inovação trazida pelo § 3º do dispositivo mencionado diz respeito apenas à possibilidade de atribuição de um *status* formalmente constitucional aos tratados, passando eles a serem equiparados às emendas constitucionais.

Como consequência, o regime jurídico há de ser diverso em uma e em outra hipótese, caso contrário a inovação não teria sentido. E, de fato, há profunda diversidade no que diz respeito à retirada do tratado de direitos humanos do ordenamento jurídico pátrio.

No caso de tratado apenas materialmente constitucional, basta, para sua retirada, a mera denúncia, ato unilateral do Estado que surte efeitos no âmbito internacional. Isso decorre do regime jurídico do Direito Internacional Público. Por outro lado, se o tratado de direitos humanos for também formalmente constitucional, será insuscetível de denúncia, visto que, equiparado expressamente à emenda constitucional, passará a constituir cláusula pétrea, protegida pelo art. 60, § 4º, IV, da CF. É dizer: tratado de direitos humanos formalmente constitucional não pode mais ser retirado do ordenamento pátrio, ainda que o próprio tratado preveja a possibilidade de denúncia.

Os primeiros tratados a integrarem formalmente nossa Constituição são a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, uma vez que seguiram o trâmite previsto no art. 5º, § 3º, da CF, sendo aprovados por meio do Decreto Legislativo n. 186, de 10 de julho de 2008.

7.2.1. A ATUAL POSIÇÃO DO STF SOBRE A HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Em decisão emblemática proferida em 3 de dezembro de 2008, os ministros, por unanimidade, negaram provimento ao Recurso Extraordinário n. 466.343, que versava sobre a possibilidade da prisão civil do devedor como depositário infiel em alienação fiduciária em garantia.

Ocorre que o art. 7º, § 7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) proíbe a prisão civil por dívida, ressalvando o caso de inadimplemento de obrigação

alimentícia. A Constituição Federal, todavia, estabelece duas ressalvas à regra da proibição da prisão por dívida: a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel (art. 5º, LXVII, da CF). Em âmbito infraconstitucional, o art. 4º do Decreto-Lei n. 911, de 1º de outubro de 1969, previa a legitimidade passiva *ad causam* do devedor fiduciante em ação de depósito. Era a constitucionalidade desse dispositivo que se discutia no RE n. 466.343.

O tratado internacional de direitos humanos, no caso, portanto, restringiu as exceções constitucionais.

Para o Ministro Gilmar Mendes, diante da tendência contemporânea do constitucionalismo mundial, seria o caso de uma revisão crítica da jurisprudência do STF.

Isso porque, entre outras razões, a tese do *status* legal dos tratados de direitos humanos conflita com o art. 27 da Convenção de Viena (princípio da boa-fé no direito internacional), ao dar margem ao descumprimento do acordo por ato unilateral do Estado (revogação do tratado por lei a ele posterior e com ele conflitante).

A tese do Ministro Gilmar Mendes, que saiu vitoriosa, é a da supralegalidade dos tratados de direitos humanos: *status* infraconstitucional, mas acima das leis ordinárias, o que seria compatível com a supremacia da Constituição, e a especial relevância dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. Trata-se de concepção expressamente consagrada pelas Constituições da Alemanha, da França e da Grécia.

Com base nesse entendimento, conclui ele, “(...) a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pelo ato de adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana dos Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, incluído o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei n. 911, de 1º de outubro de 1969”.

Por fim, ainda que o Brasil não tivesse aderido a tais tratados, a prisão civil do depositário infiel na alienação fiduciária em garantia não haveria que ser admitida, porque configuraria clara afronta ao princípio da proporcionalidade, sendo, pois, inconstitucional.

Esta, portanto, a atual posição predominante no STF: tratados internacionais de direitos humanos possuem *status* supralegal – abaixo da Constituição Federal, mas acima das demais leis.

Ressalvas ao *status* constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos colocadas perante o Pleno do STF – Neste Recurso Extraordinário n. 466.343, portanto, vemos que a maioria do Pleno do STF optou pela tese da supralegalidade, temendo, sobretudo, a insegurança jurídica gerada pela equiparação entre normas veiculadas por tratados internacionais de direitos humanos e normas constitucionais, mormente em face do controle abstrato de constitucionalidade, na forma como existente em nosso ordenamento.

Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, essa equiparação provocaria verdadeira atomização das

normas constitucionais, com a possibilidade de revogação de normas constitucionais por tratados internacionais, e, no que toca ao controle de constitucionalidade, no qual impera o princípio da *causa petendi* aberta, imensas dificuldades seriam geradas, dada a amplitude do chamado “bloco de constitucionalidade”.

Conclusão – O posicionamento do STF representou uma grande evolução no pensamento da Corte, que, até então, entendia que aquelas normas possuíam *status* de lei ordinária. Não obstante, ao adotá-lo, o Supremo passou ao largo do reconhecimento do caráter materialmente constitucional das normas de direitos humanos, com o que não concorda expressiva parcela da doutrina nacional.

Sendo normas supralegais (ou especiais, como preferiu o Ministro Menezes Direito), possuem uma “eficácia paralisante” em face de todo o ordenamento infraconstitucional. Não integram a Constituição, mas são fundamento de validade, considerada sua posição hierárquica, de todas as demais normas. Submetem-se, contudo, aos preceitos constitucionais, não podendo contrariá-los.

Assim sendo, não se afigura correto falar em revogação da norma interna (infraconstitucional) anterior àquela veiculada pelo tratado de direitos humanos, quando incompatíveis. Isso porque não estão elas no mesmo patamar normativo. Tecnicamente, pois, o correto é falar em invalidade da norma interna em face da contrariedade ao disposto em tratado internacional de direitos humanos.

Importante mencionar que a tese da supralegalidade já foi por diversas vezes confirmada

pelo STF desde a decisão do Recurso Extraordinário n. 466.343, tendo aparecido, inclusive, em julgamento anterior àquela decisão. Atualmente, o entendimento ali firmado já está sumulado – trata-se da importante Súmula Vinculante n. 25, com o seguinte teor: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”.

Há forte tendência na doutrina, independentemente da hierarquia que se venha a reconhecer aos tratados, em se preconizar a aplicação da norma mais favorável ao indivíduo.

Nesse sentido, segundo a lição de Carlos Weis, deverá sempre ser aplicada a norma mais favorável ao reconhecimento do direito fundamental, independentemente de sua origem, se de direito interno ou internacional, como, aliás, já previsto em diversos tratados já ratificados pelo Brasil (citamos, por exemplo, a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos).

7.2.2. O HISTÓRICO VOTO DO MINISTRO CELSO DE MELLO NO RE N. 466.343

No mesmo julgamento mencionado no tópico anterior, sobre a prisão do depositário infiel (Recurso Extraordinário n. 466.343), inaugurando divergência e alterando seu posicionamento já reiteradamente manifestado, o Ministro Celso de Mello decidiu pela hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos: “(...) após detida reflexão em torno dos fundamentos e critérios que me orientaram em julgamentos anteriores (RTJ 179/493-496, v.g.), evoluo, Senhora Presidente, no sentido de atribuir, aos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, superioridade jurídica

em face da generalidade das leis internas brasileiras, reconhecendo, a referidas convenções internacionais, nos termos que venho de expor, qualificação constitucional”.

Ressalvou, entretanto, que, em decorrência da supremacia da Constituição, prevalecerá os ditames desta sobre todos os tratados – inclusive os de direitos humanos – quando estes restringirem, suprimirem ou de qualquer forma implicarem algum gravame às prerrogativas essenciais ou às liberdades fundamentais previstas na própria Constituição.

Segundo Celso de Mello, o § 3º do art. 5º, incluído pela Emenda Constitucional n. 45/2004, apenas torna nítida essa tendência de se reconhecer a hierarquia constitucional de tratados de direitos humanos. Consoante o Ministro, mesmo os tratados incorporados ao nosso ordenamento anteriormente à Emenda são materialmente constitucionais e integram a noção do chamado “bloco de constitucionalidade”.

7.2.3. OUTRAS DECISÕES DO STF

Segue um apanhado de decisões, apenas ilustrativas, relacionadas com o caráter de supralegalidade dos tratados.

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL. DEPOSITÁRIO INFIEL OU DESCUMPRIMENTO DE CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF (INFORMATIVO/STF 531). CONCESSÃO DA ORDEM

I – O Plenário desta Corte, na sessão de julgamento de 3 de dezembro do corrente ano, ao julgar os REs 349.703 e 466.343, firmou orientação

no sentido de que a prisão civil por dívida no Brasil está restrita à hipótese de inadimplemento voluntário e inescusável de pensão alimentícia.

II - Ordem concedida (HC 92.817/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 19/2/2009). Destarte, a partir do posicionamento adotado pelo STF nos julgados acima identificados, ao qual me filio, conclui-se que a prisão civil só é admitida no Brasil nos casos de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia, o que não é o caso dos autos. Nesse sentido, já decidiram ambas as Turmas integrantes da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, verbis:

HABEAS CORPUS - EXECUÇÃO FISCAL - PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL - PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA - RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - NOVA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

1. Recente entendimento do STF de que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aos quais o Brasil aderiu têm status supralegal. Julgamento dos Recursos Extraordinários 349.703 e 466.343.

2. Revogação da Súmula 619/STF: “A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura da ação de depósito”.

3. Novo posicionamento do STJ a fim de impossibilitar a prisão civil do depositário infiel.

4. Ordem concedida (HC 130.443/PI, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 4/6/2009, DJe 23/6/2009).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DEPOSITÁRIO INFIEL. PRISÃO. DESCABIMENTO.

POSICIONAMENTO FIRMADO PELO EG. STF. RE 466.343/SP. CONCESSÃO DA ORDEM. PRECEDENTES DO STJ

I - O acórdão recorrido acolheu o pedido formulado pelo ora recorrido em seu agravo de instrumento, interposto contra decisão proferida por magistrado da 6ª Vara Cível de Porto Alegre que, tendo em conta decisão denegatória em habeas corpus impetrado, determinou a expedição de mandado de prisão ao agravante, na condição de depositário infiel.

II - O eg. Supremo Tribunal Federal já firmou posicionamento no sentido do descabimento da prisão civil de depositário infiel (RE 466.343/SP), entendimento que vem sendo acolhido e prestigiado por esta eg. Corte de Justiça, conforme já deliberado nos autos do RHC 19.406/MG, relator p/ acórdão Min. LUIZ FUX e 349.703/RS e 466.343/SP e o HC 87.585/TO, estendeu a proibição da prisão civil por dívida à hipótese do infiel depositário, seja ele judicial ou contratual (alienação fiduciária), razão pela qual revogou a Súmula 616/STF: “A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura da ação de depósito”. Tema sobre o qual essa Turma já se manifestou recentemente nos julgamentos do HC 92.197/SP (sessão de 16.12.2008) e do REsp 792.020/RS (sessão de 18.12.2008), publicados no DJe de 19.2.2009, ambos da relatoria do Ministro Luiz Fux, nos quais este órgão julgador acompanhou o entendimento perfilhado pela Corte Constitucional. Assim, só é admitida a prisão civil nos casos de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia, o que não é o caso dos autos.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. Concessão da ordem de ofício (AgRg no REsp 1070784/RS, de minha relatoria, Primeira Turma, julgado em 10/3/2009, DJe 16/3/2009).

Ante o exposto, com fundamento no artigo 557, caput, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso especial. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 19 de novembro de 2009.

7.3. O ART. 5º, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A INCORPORAÇÃO DE TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS PELO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL

Dispõe o art. 5º, § 1º, da CF: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Assim, ratificado o tratado internacional de direitos humanos, surtirá ele efeitos imediatamente ou necessitará, para tanto, de uma legislação interna que venha a implementá-lo?

Doutrinariamente, a resposta depende da concepção que se tenha sobre a relação entre direito interno e direito internacional. Temos, então, as correntes dualista e monista.

Dualismo x Monismo – Para o dualismo, o direito interno de cada Estado e o direito internacional são completamente independentes entre si, constituindo ordenamentos distintos. Enquanto ao direito internacional cumpre regular as relações entre Estados e entre estes e as organizações internacionais, ao direito interno cabe tratar das relações entre o Estado e seus cidadãos.

Portanto, sob perspectiva dualista, um tratado internacional somente surtirá efeitos no

ordenamento pátrio se devidamente recepcionado por este, isto é, se seguir o rito de incorporação previsto na Constituição ou na legislação ordinária. É necessário, pois, que seja “transformado” em legislação interna. O primado da lei interna é claro.

Sendo assim, preconiza o dualismo, fortemente ancorado na noção de soberania estatal, que a aplicação do tratado internacional – qualquer que seja sua natureza – jamais será imediata. Fala-se aqui em “incorporação legislativa”.

O monismo, por outro lado, baseia-se numa concepção de unidade de todas as normas jurídicas. Direito interno e direito internacional compreendem, segundo essa corrente, um todo harmônico em que aquele integra este e dele retira sua validade.

Ora, se não há distinção entre os ordenamentos, os compromissos assumidos pelo Estado em âmbito internacional obviamente o vinculam de forma automática. Temos, então, a chamada “incorporação automática” do Direito Internacional.

O ordenamento pátrio e a incorporação automática – No caso brasileiro, do ponto de vista legislativo, não há margem para dúvidas: o art. 5º, § 1º, da CF consagra a corrente monista, ao estabelecer que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Veja-se que o dispositivo não faz nenhuma ressalva, de modo que abrange todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, independentemente de sua origem.

Assim, de acordo com a Constituição Federal, tratados internacionais de direitos humanos têm aplicação imediata em nosso ordenamento, isto é, basta que sejam ratificados para que passem a surtir

efeitos. A rigor, portanto, afigura-se desnecessária a edição de decreto de execução para tal finalidade.

Esse posicionamento, ademais, é o mais consentâneo com o art. 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, que, como já mencionado, consagrou o princípio da boa-fé internacional.

Em suma, temos o seguinte *iter*: o tratado de direitos humanos é assinado por órgão do Poder Executivo e posteriormente aprovado pelo Congresso Nacional (decreto legislativo), para, finalmente, ser ratificado pelo Presidente da República. Somente então passará a surtir efeitos no ordenamento pátrio.

Enfatize-se, todavia, que os tratados internacionais comuns não seguem essa sistemática. Apesar de não haver disposição constitucional ou legal a regular o trâmite para sua incorporação, a praxe solidificou a necessidade de decreto de execução após a ratificação.

O procedimento de incorporação é o mesmo para todos os tratados (comuns e de direitos humanos) e exige a conjunção de vontades do Poder Executivo e do Poder Legislativo, como esboçamos em tópico anterior. Trata-se de verdadeiro ato complexo (arts. 49, I, e 84, VII, ambos da CF). Há diferença, apenas, quanto à formalidade final para que surtam efeitos: enquanto para os tratados internacionais sobre direitos humanos basta a ratificação (por força do disposto no art. 5º, § 1º, da CF), para os tratados internacionais comuns ou tradicionais é necessário também decreto de execução do Presidente da República (fala-se aqui em promulgação do tratado).

Diante desse quadro, Flávia Piovesan aduz que o Direito brasileiro optou por um sistema misto no que

tange à sistemática de incorporação dos tratados (automática para os de direitos humanos; legislativa para os comuns ou tradicionais).

Valerio de Oliveira Mazzuoli critica a expressão “sistema misto”, haja vista que o procedimento de incorporação é, em ambos os casos, o mesmo (assinatura pelo Presidente da República, aprovação do Congresso e posterior ratificação). Prefere, então, falar em “sistema único diferenciado”.

A prática brasileira, diga-se, tem sido a expedição de decreto de execução para todas as espécies de tratados.

É importante mencionar, por fim, que os apontamentos aqui tecidos não são unanimidade na doutrina, tampouco na jurisprudência, como, aliás, já tivemos oportunidade de ver ao analisarmos o entendimento do STF a partir da Emenda Constitucional n. 45/2004.

8 A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

8.1. PREVALÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS

O art. 4º da Constituição brasileira de 1988 trata dos princípios norteadores da atuação do Estado brasileiro em suas relações internacionais, elencando, entre eles, o da prevalência dos direitos humanos:

A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

I – independência nacional;

II – prevalência dos direitos humanos;

III – autodeterminação dos povos;

IV – não intervenção;

V – igualdade entre os Estados;

VI – defesa da paz;

VII – solução pacífica dos conflitos;

VIII – repúdio ao terrorismo e ao racismo;

IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;

X – concessão de asilo político.

Mesmo assim, o Brasil só ratificaria em 25 de setembro de 1992 a Convenção Americana de Direitos Humanos, assinada em 22 de novembro de 1969, durante a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. A convenção ficou conhecida como o Pacto de São José da Costa Rica.

A demora pode ser explicada pelo fato de que o Brasil estava vivendo um regime de exceção no momento da conferência, e os governantes não

aceitavam ingerência externa nos assuntos considerados políticos.

O Pacto de São José da Costa Rica, na sua primeira parte, enumera os deveres dos Estados: obrigação de respeitar os direitos, considerar que pessoa é todo ser humano e dever de adotar disposições de direito interno.

Os direitos considerados protegidos pela Convenção Americana de Direitos Humanos são os seguintes:

- Direito à vida;
- Direito à integridade pessoal;
- Proibição da escravidão e da servidão;
- Direito à liberdade pessoal;
- Garantias judiciais;
- Princípio da legalidade e da retroatividade;
- Direito à indenização;
- Proteção da honra e da dignidade;
- Liberdade de consciência e de religião;
- Liberdade de pensamento e de expressão;
- Direito de retificação ou resposta;
- Direito de reunião;
- Liberdade de associação;
- Proteção da família;
- Direito ao nome;
- Direitos da criança;
- Direito à nacionalidade;
- Direito à propriedade privada;
- Direito de circulação e de residência;
- Direitos políticos;
- Igualdade perante a lei;
- Proteção judicial;
- Desenvolvimento progressivo.

O Pacto de São José da Costa Rica estabelece também os deveres das pessoas e indica como foro de discussões e arbitragem para eventuais desrespeitos aos seus mandamentos a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e Corte Interamericana de Direitos Humanos, localizada em São José da Costa Rica.

A Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas sobre o Estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional, realizada em Roma, em julho de 1998, resultou na adoção do *Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional*. O Estatuto de Roma reza, no seu art. 5º, quais são os crimes de competência do Tribunal Penal Internacional:

1 - A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves que afetam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes:

- a) O crime de genocídio;*
- b) Os crimes contra a humanidade;*
- c) Os crimes de guerra;*
- d) O crime de agressão.*

2 - O Tribunal poderá exercer a sua competência em relação ao crime de agressão desde que, nos termos dos artigos 121 e 123, seja aprovada uma disposição em que se defina o crime e se enunciem as condições em que o Tribunal terá competência relativamente a este crime. Tal disposição deve ser compatível com as disposições pertinentes da Carta das Nações Unidas.

8.2. INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

O sistema de proteção aos direitos humanos foi oficializado na Constituição de 1988, mas ganhou contornos já a partir da redemocratização do país, com a realização de eleições diretas em 1985, depois de 21 anos de ditadura militar.

Flávia Piovesan, em seu livro *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, compilou os mais importantes instrumentos de proteção aos direitos humanos ratificados pelo Brasil a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. Citamos:

TRATADOS RATIFICADOS PELO BRASIL DEPOIS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988	
20-7-1989	Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura
28-9-1989	Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes
24-9-1990	Convenção sobre os Direitos da Criança
24-1-1992	Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos
24-1-1992	Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
25-9-1992	Convenção Americana de Direitos Humanos
27-11-1995	Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher
13-8-1996	Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte
...	Protocolo à Convenção Americana referente aos

21-8-1996	Protocolo de San José referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador)
Dezembro de 1998	Reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos
20-6-2002	Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional
28-6-2002	Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher
24-1-2004	Protocolos Facultativos à Convenção sobre os Direitos da Criança, referentes ao envolvimento de crianças em conflitos armados e à venda de crianças e prostituição e pornografia infantis

A Constituição de 1988 caracteriza-se pela temática social, que confere abrangência aos direitos humanos: liberdade de imprensa, liberdade de expressão, respeito às minorias, reconhecimento de diversidades culturais e étnicas e consciência real das questões que envolvem a igualdade. Esta é a principal razão por ser conhecida como a “Constituição Cidadã”.

Quadro sinótico

SISTEMA BRASILEIRO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS		DESCRIÇÃO
Prevalência dos direitos humanos na legislação brasileira	Constituição de 1988	<i>Art. 4º: A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos.</i>
Convenção Americana de Direitos Humanos	Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969	Ratificada pelo Brasil somente em 25 de setembro de 1992, durante a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos.
Legislação brasileira mais recente	2004 – Emenda Constitucional n. 45	Foi acrescentado o § 4º ao art. 5º da Constituição de 1988, nestes termos: “O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional, a cuja criação tenha manifestado adesão”.

		<p>a) Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20-7-1989; b) Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 28-9-1989; c) Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24-9-1990; d) Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24-1-1992; e) Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25-9-1992; f) Convenção Interamericana para</p>
--	--	--

Outros instrumentos de proteção dos direitos humanos dos quais o Brasil é signatário

A partir da Constituição de 1988

Prevenir, Punir, e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 27-11-1995; g) Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte, em 13-8-1996; h) Protocolo à Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador), em 21-8-1996; i) o Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional, em 20-6-2002; j) Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, em 28-6-2002; e k) os dois Protocolos Facultativos à Convenção sobre os Direitos da Criança, referentes ao envolvimento de crianças em conflitos armados e à venda de crianças e prostituição e pornografia infantis, em 24-1-2004.

Comitê Brasileiro de Direitos Humanos e Política Externa

Organização criada em 2005, que reúne entidades da sociedade civil e instituições estatais, procurando fortalecer a participação cidadã e o controle democrático da política externa brasileira relacionada aos direitos humanos.

Entidades que compõem o Comitê atualmente:

- Inclusão, Integridade e Independência
- Associação Brasileira Interdisciplinar de Aids
- Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais
- Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados
- Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado Federal
- Comunidade Bahá'í do Brasil
- Conectas Direitos Humanos
- Fundação Friedrich Ebert
- Gabinete de Assessoria Jurídica às Organizações Populares
- Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas
- Instituto de Desenvolvimento e Direitos Humanos
- Instituto Migrações e Direitos Humanos
- Instituto de Estudos Socioeconômicos
- Justiça Global
- Movimento Nacional de Direitos Humanos
- Ministério da Saúde – Programa de DST/AIDS
- Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão

9 O SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

9.1. PRECEDENTES

Como reiterado, da Segunda Guerra Mundial resultou uma nova ordem, especialmente voltada para a prevenção de crimes contra a humanidade.

Em verdade, foram as duas Guerras Mundiais que deram ensejo à relativização do conceito de soberania, fator preponderante para que, posteriormente, não apenas surgissem diversas organizações internacionais, mas também para que ganhassem relevo em sua atuação. Ao lado dele está o surgimento da figura da pessoa humana como sujeito de direito internacional.

A criação da ONU, em 1945, estabeleceu um marco divisor do Direito, especialmente no que tange aos direitos humanos. Hoje, a ONU conta com 192 países-membros e seus principais órgãos são a Assembleia Geral, o Conselho de Segurança, a Corte Internacional de Justiça, o Conselho Econômico e Social, o Conselho de Tutela e o Secretariado, além das organizações setoriais, como a Unesco e a Unicef.

Precursos do atual Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos - Foram três os precursos da Organização das Nações Unidas.

Em primeiro lugar, temos o chamado Direito Humanitário, regulamentação existente para o exercício da guerra. Ao estabelecer regras, entre outras, para o tratamento de prisioneiros de guerra e da população civil dos países em conflito, visando, sempre, a assegurar os direitos fundamentais, o

Direito Humanitário constituiu uma clara regulamentação jurídica do emprego da violência no âmbito internacional, representando uma limitação internacional à atuação dos Estados perante o indivíduo protegido.

Esse Direito Humanitário, ou Direito da Guerra, passou a ser conhecido como “Direito de Genebra”, e uma de suas grandes expressões foi a Convenção de Genebra Relativa ao Tratamento de Prisioneiros de Guerra, de 1929.

O segundo grande precursor foi a Liga das Nações (ou Sociedade das Nações). Foi criada pelo Tratado de Versalhes e sua finalidade era garantir a preservação da paz mundial. Instituída em 1919, logo após o fim da Primeira Guerra Mundial, a Liga das Nações tinha a pretensão de evitar que os Estados recorressem à guerra para resolver seus problemas internacionais, objetivo que não foi alcançado, como demonstra a superveniência da Segunda Guerra Mundial. De todo modo, já na Liga das Nações se pode ver um órgão de monitoramento acima de todos os Estados.

O último dos precursores do papel que a ONU viria a desempenhar é a Organização Internacional do Trabalho (OIT). Criada pela Conferência da Paz logo após a Primeira Guerra Mundial, sua constituição converteu-se na Parte XIII do Tratado de Versalhes. Sua finalidade é a busca pela justiça social, assegurando-se um justo e digno ambiente de trabalho. Possui estrutura tripartite, constituída por empregados, empregadores e Governos, e atribuições normativas com vistas à consecução de sua finalidade.

Todos esses precursores – o Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do

Trabalho - anunciaram uma nova era, em que o Direito Internacional deixou de desempenhar o papel de mero regulamentador das relações entre os Estados para, de forma consistente e progressiva, passar a abranger normas cuja finalidade era precipuamente atribuir obrigações aos Estados, ensejando a responsabilização destes por atos de seus agentes ante seus nacionais.

Juridicamente, isso significou, por um lado, a relativização do conceito de soberania estatal; por outro, a valorização da pessoa humana, que de objeto passou a sujeito de Direito Internacional.

Visando a manter a segurança coletiva e a paz mundial, a Organização das Nações Unidas passou a existir oficialmente em 24 de outubro de 1945, com a entrada em vigor da Carta das Nações Unidas sobre Organização Internacional.

A ONU surgiu, portanto, com a árdua missão de estabelecer regras a serem observadas pelos Estados perante os indivíduos sujeitos ao seu poder e perante os demais Estados e, também, de criar mecanismos que garantissem a eficácia daquelas regras - tudo para que os episódios lamentáveis até então observados não se repetissem.

Daí que logo em seu art. 1º, ao enunciar seus propósitos, a Carta das Nações Unidas estabelece como finalidades a busca da paz internacional e o respeito dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos.

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; e

4. Ser um centro destinado a harmonizar a ação das nações para a consecução desses objetivos comuns.

A Carta da ONU, todavia, deixou de definir “direitos humanos e liberdades fundamentais”. Essa tarefa coube à Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

9.1.1. A CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS

Assim que terminou a conferência das Nações Unidas sobre Organização Internacional, os participantes redigiram e assinaram a Carta das Nações Unidas. Esse documento serve como ata de fundação da ONU. Foi assinado na cidade norte-americana de São Francisco, em 26 de junho de 1945. Seu preâmbulo demonstra claramente os objetivos da Organização:

Carta das Nações Unidas

Preâmbulo

**NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS,
RESOLVIDOS**

a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla.

E PARA TAIS FINS,

praticar a tolerância e viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos, e unir as nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais, e a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição dos métodos, que a força armada não será usada a não ser no interesse comum, a empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos.

**RESOLVEMOS CONJUGAR NOSSOS ESFORÇOS
PARA A CONSECUÇÃO DESSES OBJETIVOS.**

Em vista disso, nossos respectivos Governos, por intermédio de representantes reunidos na cidade de São Francisco, depois de exibirem seus plenos poderes, que foram achados em boa e devida forma, concordaram com a presente Carta das Nações Unidas e estabelecem, por meio dela, uma organização internacional que será conhecida pelo nome de Nações Unidas.

Seguem-se 111 artigos, tratando da composição dos Conselhos e dando outras providências. A Carta da ONU entrou em vigor no dia 24 de outubro de 1945 e só foi alterada na Assembleia Geral de 17 de dezembro de 1963.

As alterações foram as seguintes:

- *Emenda ao art. 23, elevando o número de membros do Conselho de Segurança de onze para quinze.*

- *Emenda ao art. 27, estipulando que as decisões do Conselho de Segurança sobre questões de procedimento sejam efetuadas pelo voto afirmativo de nove membros (anteriormente sete) e, sobre todas as demais questões, pelo voto afirmativo de nove membros (anteriormente sete), incluindo-se entre eles os votos dos cinco membros permanentes do Conselho de Segurança.*

- *Emenda ao art. 61, elevando o número de membros do Conselho Econômico e Social de dezoito para vinte e sete. (Esse artigo seria emendado novamente em 1973, elevando o número de membros do Conselho para cinquenta e quatro.)*

9.1.2. A ESTRUTURA DA ONU

Os principais órgãos da ONU estão mencionados no art. 7º da Carta: a Assembleia Geral, o Conselho de Segurança, o Conselho Econômico e Social, o Conselho de Tutela, a Corte Internacional de Justiça e o Secretariado. De acordo com o dispositivo, havendo necessidade, órgãos subsidiários podem ser criados.

A Assembleia Geral é constituída por todos os Estados-membros. A ela cabe discutir quaisquer questões ou assuntos que estiverem relacionados com a finalidade da ONU ou com as atribuições de

quaisquer órgãos desta, podendo expedir recomendações aos Estados e ao Conselho de Segurança.

Como regra, na Assembleia Geral as decisões são tomadas pela maioria dos membros presentes e que votem. Em questões importantes, todavia, o *quorum* para tomada de decisão é de dois terços (art. 18, itens 2 e 3).

O Conselho de Segurança é composto de quinze membros. China, França, Reino Unido, EUA e Rússia são membros permanentes. Os outros dez (membros não permanentes) são eleitos pela Assembleia Geral para mandatos de dois anos. A finalidade do Conselho é, em primeiro lugar, contribuir para a manutenção da paz e da segurança internacionais (art. 23).

Quanto ao *quorum* para tomada de decisão, a Carta faz distinção entre questões processuais e questões materiais. Para as processuais, o *quorum* é de nove membros. Para as materiais, o *quorum* também é de nove membros, mas os cinco membros permanentes devem votar afirmativamente. Daí que, em tais questões, tenham poder de veto (art. 27).

Qualquer membro da ONU pode participar da discussão de questão submetida ao Conselho de Segurança, mas sem direito a voto, sempre que o Conselho considere que os interesses do referido membro estejam especialmente em jogo (art. 31).

A Carta traz amplo regramento a respeito das intervenções do Conselho de Segurança para garantir a paz e a segurança internacionais (arts. 33 a 51).

Por sua vez, o Conselho Econômico e Social é composto por cinquenta e quatro membros eleitos pela Assembleia Geral (art. 61). Entre suas

atribuições, está a formulação de estudos e relatórios a respeito de assuntos internacionais de caráter econômico, social, cultural, educacional, sanitário e conexos, podendo fazer recomendações a respeito de tais assuntos à Assembleia Geral, aos Estados-membros e às entidades especializadas interessadas. Constitui também sua finalidade a elaboração de recomendações destinadas a promover o respeito e a observância dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos (art. 62). Suas decisões são tomadas por maioria dos membros presentes e votantes (art. 67).

O art. 68 da Carta prevê a criação, pelo Conselho Econômico e Social, de comissões para os assuntos econômicos e sociais e a proteção dos direitos humanos, além de outras que vierem a ser necessárias.

Em 1946, foi criada a Comissão de Direitos Humanos, que encerrou suas atividades em 16 de junho de 2006, sendo substituída pelo Conselho de Direitos Humanos.

Antes de ser extinta, a Comissão passou por um processo de desgaste que ocasionou progressivamente a perda de sua credibilidade. Isso porque muitos apontavam que sua postura era por demais acanhada, muitas vezes mais preocupada com a proteção dos Estados que a compunham do que com a dos direitos humanos.

O Conselho, em relação à Comissão, efetivamente representou um avanço, pois se subordina diretamente à Assembleia Geral, ao passo que a Comissão era subordinada ao Conselho Econômico e Social. Além disso, a representação se dá por grupos geográficos, algo antes inexistente. Por fim, há agora efetivo controle quanto à observância dos direitos

humanos pelos Estados-membros do Conselho, visto que a Assembleia Geral pode suspender os direitos do Estado-membro que cometer graves e sistemáticas violações a tais direitos, desde que votem nesse sentido dois terços de seus membros.

O Conselho de Direitos Humanos é composto por 47 países, ao passo que a Comissão era composta por 53.

Há também o posto de Alto Comissariado para os Direitos Humanos, criado pela ONU em 20 de dezembro de 1993. Sua tarefa é basicamente gerenciar, junto ao Secretariado, o sistema da ONU no que se refere aos direitos humanos.

Ainda compõem a ONU o Conselho de Tutela, a Corte Internacional de Justiça e o Secretariado.

O Conselho de Tutela é o órgão destinado a fomentar o processo de descolonização e autodeterminação dos povos, fazendo que territórios tutelados pela organização conseguissem firmar governo próprio. Esse papel, nos dias atuais, por óbvio encontra-se esvaziado.

A Corte Internacional de Justiça é o principal órgão judiciário das Nações Unidas. Todos os membros da ONU se submetem a ela (art. 93), muito embora os Estados-membros possam também ser julgados por outros tribunais (art. 95). Além de sua competência jurisdicional, a Corte possui também atribuição consultiva, visto que o Conselho de Segurança e a Assembleia Geral podem solicitar-lhe parecer consultivo sobre qualquer questão de ordem jurídica (art. 96). É composta por quinze juízes, não podendo figurar entre eles dois nacionais do mesmo Estado (art. 3º do Estatuto da Corte).

Por fim, temos o Secretariado. É composto pelo Secretário-Geral e pelo pessoal exigido pela

Organização. O Secretário-Geral é o principal funcionário administrativo, sendo indicado pela Assembleia Geral, mediante a recomendação do Conselho de Segurança (art. 97).

O grande sistema de proteção internacional dos direitos humanos que teria lugar na segunda metade do século XX surgiu, pois, com a Carta de São Francisco, que criou a ONU. Estruturou-se sob a forte influência da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e se consolidou com dois pactos assinados no mesmo dia (16 de dezembro de 1966): o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que entraram em vigor em 23 de maio de 1976, após o 35º Estado ter depositado os instrumentos de ratificação.

Competências do Conselho de Direitos Humanos da ONU

- Promover a educação e o ensino em direitos humanos e dar assistência técnica
- Debater temas de direitos humanos
- Implementar obrigações de direitos humanos
- Mapear o cumprimento dos direitos humanos no mundo
- Contribuir para a prevenção da violação de direitos humanos
- Trabalhar em cooperação com Estados, entidades e sociedades civis para a proteção aos direitos humanos

9.1.3. DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM

Declaração que consolida a afirmação de uma ética mundial para os valores relativos aos direitos humanos. Trata de direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, num avanço considerável para a época. Enumerou os direitos e liberdades

fundamentais a que a Carta de São Francisco apenas havia feito referência genérica.

Foi aprovada pela Resolução n. 217-A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, no dia 10 de dezembro de 1948. Votaram a favor 40 países, contra 8 que se abstiveram (África do Sul, Arábia Saudita, Bielo-Rússia, Iugoslávia, Polônia, Tchecoslováquia, Ucrânia e União Soviética). Nenhum país votou contra.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos assegura, no seu art. I, que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”. No art. II, detalha-se essa liberdade:

Todo homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição.

O documento trata da cidadania universal e visa a proteger os direitos de homens, mulheres e crianças de todo o mundo, independentemente de raça, cor ou religião. Os seus 30 artigos discorrem sobre o direito à alimentação, ao trabalho, à saúde e à educação – direitos econômicos, sociais e culturais –, bem como o direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal, o direito de ir e vir, o direito de liberdade de expressão e pensamento – direitos políticos.

A Declaração Universal coloca a dignidade da pessoa humana como núcleo de todos os direitos humanos. Tendo sido aprovada como Resolução, não tomou a forma de um tratado multilateral, o que deu

margem a questionamentos sobre sua força vinculante, já que resolução não possui força de lei.

Muitos juristas, entre eles Antônio Augusto Cançado Trindade, José Augusto Lindgren Alves e Jorge Miranda, consideram que a declaração tem força jurídica vinculante.

Fábio Konder Comparato aponta que entendimento diverso peca por excesso de formalismo. De fato, pouco importa, para fins de proteção aos direitos humanos, a denominação que se dê aos instrumentos que os reconheçam. Aliás, a rigor, pouco importa o reconhecimento: reconhecidos solenemente ou não, eles devem ser respeitados.

Além disso, o próprio Estatuto da Corte Internacional de Justiça, em seu art. 38, reconhece o costume internacional e os princípios gerais de direito como fontes de direito internacional. E os direitos humanos, como se sabe, constituem verdadeiro *jus cogens*, uma vez que a necessidade de serem protegidos é amplamente reconhecida pela imensa maioria dos países ao redor do globo.

Já houve pronunciamento expresso da Corte Internacional de Justiça quanto ao valor jurídico da Declaração. Em 24 de maio de 1980, em decisão definitiva, ao tratar do Caso do Pessoal Diplomático e Consular dos EUA em Teerã, a Corte esclareceu que considerava a Declaração Universal como costume internacional, possuindo, então, mesma força normativa que os dispositivos da Carta da ONU.

Direitos previstos na Declaração Universal – No art. II da Declaração está presente a característica da universalidade dos direitos humanos. Basta ser humano para titularizá-los. Essa

constatação – e sua consagração em um documento internacional – é de extrema importância, pois, historicamente, conquistas nesse campo foram sempre restritas a parcelas da população.

Além disso, ao lado dos direitos civis e políticos, a Declaração consagrou também direitos econômicos, sociais e culturais, demonstrando não existir nenhuma incompatibilidade lógica entre eles. Mais uma vez, a ideia de gerações de direitos humanos imbui-se da noção de cumulatividade, e não de superação.

O documento, por exemplo, trata do direito ao trabalho, à livre escolha do emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego (art. XXIII); do direito a um padrão digno de vida, em que restem assegurados saúde, bem-estar, alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e serviços sociais indispensáveis (art. XXIV); do direito à educação (art. XXVI); do direito a participar livremente da vida cultural da comunidade (art. XXVII).

Importantíssimo, ainda, o disposto no art. XXVIII, que colocou definitivamente os direitos humanos no centro do desenvolvimento do direito internacional que viria após a Declaração: “Todo homem tem direito a uma ordem social e internacional, em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados”.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 constituiu, em suma, um marco histórico a partir do qual os direitos humanos passaram a ser entendidos como universais e indivisíveis, ou seja, extensíveis a todos na forma de um todo harmônico que se integra para proteger, em todos os aspectos, a dignidade da pessoa humana.

9.2. ESTRUTURA NORMATIVA GLOBAL

O Sistema Global dos Direitos Humanos completou-se em 1966, com a adoção de dois novos tratados internacionais: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Além desses documentos, o sistema foi ampliado com a adoção de tratados e convenções relativas a violações específicas, como genocídio e tortura.

9.2.1. PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS

Demorou uma década, desde a sua aprovação em 1966, para que o PIDCP alcançasse o número necessário de ratificações para entrar em vigor. Após o processo de ratificação, cada Estado passou a ter obrigação de informar as medidas legislativas, administrativas e judiciárias adotadas para implementar os direitos enunciados pelo pacto.

Reproduzimos, a seguir, apenas a primeira e a segunda parte do documento, que tratam dos direitos individuais e do direito dos povos.

Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP) Preâmbulo

Os Estados-partes no presente Pacto:

Considerando que, em conformidade com os princípios enunciados na Carta das Nações Unidas, o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no Mundo;

Reconhecendo que estes direitos decorrem da dignidade inerente à pessoa humana;

Reconhecendo que, em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o ideal do ser humano livre, usufruindo das liberdades civis e políticas e liberto do medo e da miséria, não pode ser realizado a menos que sejam criadas condições que permitam a cada um gozar dos seus direitos civis e políticos, bem como dos seus direitos econômicos, sociais e culturais;

Considerando que a Carta das Nações Unidas impõe aos Estados a obrigação de promover o respeito universal e efetivo dos direitos e das liberdades do homem;

Tomando em consideração o fato de que o indivíduo tem deveres em relação a outrem e em relação à coletividade a que pertence e tem a responsabilidade de se esforçar a promover e respeitar os direitos reconhecidos no presente Pacto:

Acordam o que se segue:

PRIMEIRA PARTE

Artigo 1º

1. Todos os povos têm o direito a dispor deles mesmos. Em virtude deste direito, eles determinam livremente o seu estatuto político e dedicam-se livremente ao seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

2. Para atingir os seus fins, todos os povos podem dispor livremente das suas riquezas e dos seus recursos naturais, sem prejuízo de quaisquer obrigações que decorrem da cooperação econômica internacional, fundada sobre o princípio do interesse mútuo e do direito internacional. Em nenhum caso

pode um povo ser privado dos seus meios de subsistência.

3. Os Estados-partes no presente Pacto, incluindo aqueles que têm a responsabilidade de administrar territórios não autônomos e territórios sob tutela, são chamados a promover a realização do direito dos povos a disporem de si mesmos e a respeitar esse direito, conforme as disposições da Carta das Nações Unidas.

SEGUNDA PARTE

Artigo 2º

1. Cada Estado-parte no presente Pacto compromete-se a respeitar e a garantir a todos os indivíduos que se encontrem nos seus territórios e estejam sujeitos à sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem qualquer distinção, derivada, nomeadamente, de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política, ou de qualquer outra opinião, de origem nacional ou social, de propriedade ou de nascimento, ou de outra situação.

2. Cada Estado-parte no presente Pacto compromete-se a adotar, de acordo com os seus processos constitucionais e, com as disposições do presente Pacto, as medidas que permitam a adoção de decisões de ordem legislativa ou outra capazes de dar efeito aos direitos reconhecidos no presente Pacto que ainda não estiverem em vigor.

3. Cada Estado-parte no presente Pacto compromete-se a:

a. Garantir que todas as pessoas cujos direitos e liberdades reconhecidos no presente Pacto forem violados disponham de recurso eficaz, mesmo no caso de a violação ter sido cometida por pessoas agindo no exercício das suas funções oficiais;

b. Garantir que a competente autoridade judiciária, administrativa ou legislativa, ou qualquer outra autoridade competente, segundo a legislação do Estado, estatua sobre os direitos da pessoa que forma o recurso, e desenvolver as possibilidades de recurso jurisdicional;

c. Garantir que as competentes autoridades façam cumprir os resultados de qualquer recurso que for reconhecido como justificado.

Artigo 3º Os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a assegurar o direito igual dos homens e das mulheres a usufruir de todos os direitos civis e políticos enunciados no presente Pacto.

Artigo 4º

1. Em tempo de uma emergência pública que ameça a existência da nação e cuja existência seja proclamada por um ato oficial, os Estados-partes no presente Pacto podem tomar, na estrita medida em que a situação o exigir, medidas que derroguem as obrigações previstas no presente Pacto, sob reserva de que essas medidas não sejam incompatíveis com outras obrigações que lhes impõe o direito internacional e que elas não envolvam uma discriminação fundada unicamente sobre a raça, a cor, o sexo, a língua, a religião ou a origem social.

2. A disposição precedente não autoriza nenhuma derrogação aos artigos 6º, 7º, 8º, parágrafos 1 e 2, 11, 15, 16 e 18.

3. Os Estados-partes no presente Pacto que usam do direito de derrogação devem, por intermédio do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, informar imediatamente os outros Estados-partes acerca das disposições derogadas, bem como dos motivos dessa derrogação. Uma nova comunicação

será feita pela mesma via na data em que se pôs fim a essa derrogação.

Artigo 5º

1. Nenhuma disposição do presente Pacto pode ser interpretada como implicando para um Estado, um grupo ou um indivíduo qualquer direito de se dedicar a uma atividade ou de realizar um ato visando a destruição dos direitos e das liberdades reconhecidas no presente Pacto ou as suas limitações mais amplas que as previstas no dito Pacto.

2. Não pode ser admitida nenhuma restrição ou derrogação aos direitos fundamentais do homem reconhecidos ou em vigor em todo o Estado-parte no presente Pacto em aplicação de leis, de convenções, de regulamentos ou de costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconhece ou reconhece-os em menor grau.

Adotado pela Resolução n. 2.200 A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, e ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos trouxe em seu bojo um número maior de direitos dessa espécie que o previsto na Declaração Universal. Assim, dito instrumento internacional não representou apenas a juridização dos direitos de primeira dimensão, como, também, substancial consolidação de suas garantias.

Logo em seu art. 1º há a previsão do direito dos povos à autodeterminação, algo até então inédito, compreendendo a liberdade para confecção do estatuto político e para o desenvolvimento econômico, social e cultural.

Os principais direitos e garantias assegurados pelo Pacto:

- igualdade entre homens e mulheres no gozo de direitos civis e políticos (art. 3º);
- direito à vida, com determinação de que seja ele protegido por lei interna e de que sejam fixadas estreitas limitações à aplicação da pena de morte, que não poderá ser aplicada a mulheres em estado de gravidez, nem a pessoas menores de 18 anos (art. 6º);
- proibição da submissão à tortura, a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, incluindo-se a submissão, sem consentimento, a experiências médicas ou científicas (art. 7º);
- proibição da escravidão e de todas as formas de tráfico de escravos (art. 8º);
- vedação à prisão arbitrária, com garantia do julgamento em tempo razoável (art. 9º);
- vedação à prisão civil (art. 11);
- garantia da presunção de inocência, do tempo e dos meios necessários à preparação da defesa e da comunicação com defensor de sua escolha (art. 14);
- direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica em qualquer lugar (art. 16);
- proteção à vida privada, ao domicílio e à correspondência (art. 17);
- liberdade de pensamento, de consciência e de religião (art. 18);
- liberdade de opinião, que poderá ser restringida para assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas, bem como para proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas (art. 19);

Esse dispositivo, pela vagueza de suas expressões, dá ensejo a críticas, as quais, aliás, tomam como objeto a linguagem do Pacto em geral, dada a frequência com que podemos encontrar expressões

de extrema abstração. Isso, em última análise, pode implicar a redução dos direitos e garantias ali previstos a meras previsões formais, desprovidas da necessária exigibilidade, visto que por demais indefinidas conceitualmente as limitações admitidas. Nesse sentido, cf. PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 167-8, nota 9.

- direito de reunião, passível de limitação no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem pública, ou para proteger a saúde ou a moral pública ou os direitos e as liberdades das demais pessoas (art. 21);

- proteção da criança por parte da família, da sociedade e do Estado (art. 24);

- igualdade perante a lei (art. 26).

Sistema de monitoramento previsto do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos - O sistema de monitoramento previsto em tratados internacionais tem por finalidade averiguar se os direitos ali previstos efetivamente são respeitados e promovidos pelos Estados-partes, com vistas à responsabilização em caso de descumprimento de suas disposições.

O Pacto instituiu um Comitê de Direitos Humanos, composto por dezoito membros (art. 28). O *quorum* para instalação dos trabalhos é de doze membros e as decisões são tomadas por maioria de votos dos membros presentes (art. 39).

Os Estados-partes devem enviar ao Comitê, sempre que solicitados, relatórios sobre as medidas por eles adotadas para concretizar os direitos mencionados no Pacto (art. 40). Essa sistemática de relatórios periódicos (*reports*), entretanto, por serem de autoria dos próprios Estados, sem

participação da sociedade civil, pode resultar inócua, pois, como ressaltado, são os próprios Estados os grandes violadores dos direitos humanos.

Ao Comitê incumbe analisar tais relatórios, transmitindo posteriormente aos Estados-partes seu próprio parecer, com os comentários que julgar oportunos, os quais também poderão ser encaminhados ao Conselho Econômico e Social.

Paralelamente, o Pacto também acolhe a sistemática das comunicações interestatais (*inter-state communications*), que está prevista no art. 41. Consiste ela na recepção, pelo Comitê, de comunicações de um Estado-parte que informem que outro Estado-parte deixou de cumprir as obrigações impostas pelo Pacto, ou seja, trata-se da possibilidade de denúncia veiculada por um Estado-parte, dando conta da violação de direitos humanos perpetrada por outro.

Essa sistemática não é compulsória, uma vez que o próprio art. 41 dispõe que deve haver declaração do Estado-parte reconhecendo tal competência do Comitê. Além disso, ambos os Estados-partes envolvidos devem ter empreendido o reconhecimento para que ela tenha lugar.

Dispõe o Pacto que os Estados-partes deverão tentar, primeiramente, resolver entre si o problema relatado, em um prazo de seis meses. Ultrapassado o prazo, qualquer deles poderá submetê-lo ao Comitê, que tratará de todas as questões envolvidas apenas se constatar que todos os recursos jurídicos internos disponíveis foram utilizados e esgotados. Buscar-se-á, em todo caso, uma solução amistosa.

A esses dois mecanismos de monitoramento o Protocolo Facultativo, adotado em 16 de dezembro de 1966, acrescentou mais um: o das petições

individuais, pelo qual qualquer indivíduo pode peticionar junto ao Comitê de Direitos Humanos, informando violações de direitos humanos havidas contra si - é necessária, veja-se, a condição de vítima.

Esse mecanismo somente terá lugar se o Estado tiver ratificado o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, bem como o Protocolo Facultativo.

Trata-se de algo inédito no direito interno público, que bem representa o movimento pelo reconhecimento do indivíduo como sujeito de direito internacional.

Protocolo Facultativo - Em 16 de dezembro de 1966 foi editado o Protocolo Facultativo ao PIDCP, cujo principal avanço foi a criação do mecanismo das petições individuais de pessoas que aleguem ser vítimas de violações de direitos. Muitas comunicações individuais já foram recebidas pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU.

O Protocolo Facultativo, contudo, traz dois requisitos de admissibilidade da petição individual para que seja ela analisada pelo Comitê (art. 5º), sendo que tem legitimidade para apresentá-la apenas a alegada vítima da violação, ou seja, aquele que sofreu pessoalmente com a violação do direito consagrado pelo Pacto:

- prévio esgotamento de todos os recursos internos disponíveis, a menos que os processos de recurso excedam prazos razoáveis;
- exclusividade de Jurisdição (a questão objeto da petição não pode ter sido submetida à apreciação de outra instância internacional).

Vedam-se as comunicações anônimas ou cuja apresentação constitua, no entendimento do Comitê, um abuso de direito, ou, ainda, que seja

incompatível com as disposições do Pacto (art. 3º do Protocolo).

O Comitê já admitiu comunicações formuladas por representantes da vítima e mesmo por organizações ou terceiros, o que é hoje permitido expressamente por seu Estatuto.

As comunicações feitas por petições individuais serão apresentadas aos Estados-partes que alegadamente tenham violado qualquer disposição do Pacto. Os Estados, então, terão seis meses para submeter ao Comitê, por escrito, explicações ou declarações que esclareçam a questão, indicando as medidas que tenham tomado para remediar a situação.

O Comitê toma suas decisões por maioria dos membros presentes e a decisão é publicada no relatório anual enviado à Assembleia Geral.

A decisão pode se limitar apenas a reconhecer a violação havida, como pode também determinar ao Estado medidas necessárias a seu impedimento ou à reparação dos danos causados, de modo a respeitar as disposições do Pacto.

O Protocolo Facultativo, todavia, não prevê sanção alguma para o Estado que descumprir a decisão do Comitê, que, aliás, não é vinculante.

Portanto, eventual punição ao Estado violador de direitos humanos previstos no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e em seu Protocolo Facultativo se dará exclusivamente no campo político - trata-se do chamado *power of embarrassment*, verdadeiro constrangimento experimentado pelo Estado perante a comunidade internacional em decorrência da condenação.

Em cumprimento às recomendações do PIDCP, o Brasil apresentou relatórios a respeito de avanços

institucionais obtidos para a implementação do Pacto no país.

Entre as medidas, destacamos algumas, que constam do II Relatório:

Quadro sinótico

INICIATIVAS BRASILEIRAS PARA IMPLEMENTAÇÃO DO PIDCP

Lançamento do Programa Nacional de Direitos Humanos	Decretos n. 1.904, de 13 de maio de 1996, e n. 4.229, de 13 de maio de 2002. Propõem ações governamentais para a proteção e a promoção dos direitos civis e políticos no Brasil.
Criação da Secretaria Nacional de Direitos Humanos, em abril de 1997	No governo do presidente Luiz Inácio Lula da Silva, a Secretaria foi renomeada Secretaria Especial dos Direitos Humanos, adquiriu <i>status</i> de Ministério e passou a ser subordinada à Presidência da República.
Aprovação da Lei n. 9.140/95, que reconheceu como mortas as pessoas desaparecidas em razão de participação política na época da ditadura militar	A lei obriga a União a indenizar os familiares das vítimas.
Aprovação da Lei n. 9.100/95, que fixou cotas para mulheres no que se refere à candidatura para cargos legislativos	A lei estimulou a participação política das mulheres no País.
Aprovação da Lei n. 9.029/95, que proibiu a exigência de atestados de gravidez e esterilização	A lei proíbe práticas discriminatórias contra a mulher, para efeitos de admissão ou permanência da relação jurídica de trabalho.
	Esses juizados permitem acesso mais amplo à Justiça e maior

Aprovação da Lei n. 9.099/95, que criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais	celeridade na resolução de disputas de menor gravidade (conforme item 24 das sugestões e recomendações do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas).
Aprovação da Lei n. 9.299/96, que determinou a transferência da Justiça Militar para a Justiça Comum do julgamento de crimes dolosos contra a vida cometidos por policiais militares	A providência elimina o foro privilegiado a que tinham direito os policiais militares acusados da morte de civis (em atenção ao item 18 das sugestões e recomendações do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas).
Aprovação da Lei Complementar n. 88/96, que estabeleceu o rito sumário nos processos de desapropriação para fins de reforma agrária	Referida norma trouxe a possibilidade da realização de audiência de conciliação para tornar menos oneroso o processo expropriatório.

Aprovação da Lei n. 9.503/97, que introduziu o novo Código Brasileiro de Trânsito	À época da aprovação da lei, o número de mortes no trânsito do Brasil era de 50.000 por ano.
Aprovação da Lei n. 9.455/97, que tipificou o crime de tortura	Atendendo ao item 18 das sugestões e recomendações feitas pelo Comitê de Direitos Humanos.
Aprovação da Lei n. 9.534/97, que estabeleceu a gratuidade para registros fundamentais como a	Esta Lei traz efetividade aos direitos dos cidadãos, dispondo sobre a gratuidade no sentido de reconhecer o registro civil de nascimento e a certidão de óbito

certidão de nascimento e a certidão de óbito	de óbito.
Aprovação da Lei n. 9.459/97, que ampliou as previsões já constantes na Lei n. 7.716/89	A lei prevê os crimes de racismo e de preconceito racial, abrangendo, ainda, crimes de preconceito contra etnia, procedência nacional e religião (em atenção ao item 27 das sugestões e recomendações feitas pelo Comitê de Direitos Humanos).
Aprovação da Lei n. 9.437/97, que tornou crime o porte ilegal de armas e criou o Sistema Nacional de Armas	Complementarmente, foi aprovado o Estatuto do Desarmamento, Lei n. 10.826/2003, que dispôs restritivamente sobre o registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição e sobre o Sistema Nacional de Armas.
Aprovação da Lei n. 9.474/97, que estabeleceu o Estatuto dos Refugiados	Garante ao refugiado, regularmente registrado no país, o direito de não ser expulso, exceto por motivos de segurança nacional ou ordem pública.

Aprovação da Lei Complementar n. 93/98, que criou o Banco da Terra	A lei foi mais um instrumento para viabilizar o processo de reforma agrária.
Aprovação da Lei n. 9.714/98, que institui oito novas espécies de penas alternativas	Em atenção ao item 25 das sugestões e recomendações feitas pelo Comitê de Direitos Humanos.
Introdução de cursos de capacitação em Direitos Humanos para policiais civis e militares	Em atenção ao item 19 das sugestões e recomendações feitas pelo Comitê de Direitos Humanos.
Criação de Ouvidorias de Polícia em vários estados	As ouvidorias, como órgãos independentes, recebem denúncias a respeito de crimes e desvios de conduta praticados por agentes policiais (em atenção ao item 22 das sugestões e recomendações feitas pelo Comitê de Direitos Humanos).
Aprovação da Lei Federal n. 9.807/99, que instituiu o Programa Nacional de Assistência a Vítimas e Proteção às Testemunhas Ameaçadas	A lei dispôs sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal.

Aprovação da Lei n. 10.216/2001, que dispôs sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais	A lei redirecionou o modelo assistencial em saúde mental no país.
Aprovação da Lei n. 10.098/2000, que estabeleceu normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida	Busca a inclusão de todos, permitindo, ainda, a utilização com segurança e autonomia dos espaços, mobiliários e equipamentos urbanos, das edificações, dos serviços de transporte, meios de comunicação e informação, por pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida.
Aprovação da Emenda Constitucional n. 20/1998, que aumentou para 16 anos a idade mínima para o trabalho de adolescentes e, entre 14 e 16 anos, a idade em que é possível o trabalho na condição de aprendiz	Com a limitação da idade mínima, preserva-se a higidez física e psicológica dos adolescentes e, ainda, sua escolaridade.
Aprovação do Estatuto do Idoso, Lei n. 10.741/2003, que sistematizou e introduziu medidas de proteção aos idosos	Com suas inovações, possibilitou aos idosos que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, um benefício mensal de 1 (um) salário mínimo.

9.2.2. PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

A dicotomia autoaplicabilidade/programaticidade das normas de direitos humanos norteou a elaboração de dois tratados diferentes quando do início da construção do sistema da ONU: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos abrangeu normas pretensamente autoaplicáveis e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado na mesma data, veiculou normas ditas programáticas, cuja implementação haveria de ser progressiva, porque preconizavam posturas dispendiosas aos Estados-partes.

Como já mencionado, entretanto, há, por certo, custo considerável em se implementar muitos dos direitos civis e políticos, como o financiamento de toda a estrutura para captação e apuração dos votos em uma eleição, ou mesmo de todo o sistema de segurança pública para que sejam tuteladas, de modo minimamente razoável, a propriedade e a intimidade das pessoas. Por aí se vê que também direitos ditos de primeira dimensão exigem prestações positivas do Estado, o que evidencia, uma vez mais, a insuficiência da classificação em dimensões, não obstante sua importância didática.

A despeito da inexistência da apontada diferença estrutural entre as gerações ou dimensões de direitos humanos – inexistência ao menos no grau normalmente apontado –, restaram ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais normas de cunho programático. Como tais, são normas, via de regra, destinadas ao Estado, no que se diferenciam daquelas existentes no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em que podem ser vistos direitos a serem diretamente usufruídos por indivíduos.

Direitos econômicos, sociais e culturais são veiculados por normas que estabelecem diretrizes ou deveres aos órgãos estatais, ao passo que direitos civis e políticos podem ser simplesmente enunciados como posturas a serem asseguradas ao indivíduo. Aqui temos as formas pelas quais historicamente tais modalidades de direitos foram consagradas, o que não influencia necessariamente, convém ressaltar, seus conteúdos.

Em comum, ambos os Pactos representam o movimento internacional pela positivação dos direitos constantes da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, pois, como vimos, o documento não tomou a forma de resolução, o que deu margem a questionamentos a respeito da exigibilidade de seus preceitos.

Os principais direitos e compromissos previstos no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais são:

- compromisso de cada Estado-parte de adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e pela cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, visando a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos previstos no Pacto, incluindo-se medidas legislativas (art. 2º);

- igualdade entre homens e mulheres no gozo dos direitos previstos no Pacto (art. 3º);

- direito a um trabalho livremente escolhido ou aceito (art. 6º);

- direito a condições de trabalho justas e favoráveis, com garantia a um salário mínimo que possibilite a existência decente para o trabalhador e para sua família, bem como descanso, lazer,

limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, assim como remuneração dos feriados (art. 7º);

- direito à fundação de sindicatos ou à filiação ao sindicato da escolha da pessoa. Há previsão, todavia, de possibilidade de restrição a esse direito, por meio de lei, quando necessário ao interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e liberdades alheias em uma sociedade democrática (art. 8º);

- direito de greve (art. 8º);

- direito à previdência social (art. 9º);

- compromisso de os Estados-partes protegerem o núcleo familiar, assegurado o matrimônio apenas no caso em que houver livre consentimento dos futuros cônjuges (art. 10);

- direito à proteção especial às mães por um período de tempo razoável antes e depois do parto, bem assim às crianças e aos adolescentes, vedada a distinção por motivo de filiação ou de qualquer outra condição (art. 10);

- direito de toda pessoa a um nível adequado de vida para si e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida (art. 11);

- direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental, o que implica, entre outros, o compromisso do Estado de buscar diminuir a mortalidade infantil, de melhorar as condições de higiene do trabalho e do meio ambiente, de prevenir e tratar doenças epidêmicas, endêmicas e profissionais, e de assegurar assistência médica a todos (art. 12);

- direito à educação, que deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e a fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Pelo Pacto, a educação primária deverá ser obrigatória e gratuita; a educação secundária, incluindo a técnica e a profissional, deverá ser progressivamente gratuita; a educação de nível superior, com base na capacidade de cada um, também deve ser progressivamente estendida a todos, e de modo gratuito (art. 13);

- direito de escolha da escola pelos pais, independentemente das indicações das autoridades públicas (art. 13);

- compromisso de todo Estado-parte elaborar um plano de ação para implementação progressiva da educação primária obrigatória e gratuita para todos (art. 14);

- direito de participação da vida cultural, de desfrutar o progresso científico e suas aplicações e de se beneficiar da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda produção científica, literária ou artística de que seja autor (art. 15).

Sistema de monitoramento previsto do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais prevê apenas a entrega de relatórios por parte dos Estados-membros. Seu art. 16 dispõe que os Estados-partes se comprometem a apresentar relatórios sobre as medidas que tenham adotado e sobre o progresso realizado relativamente aos direitos previstos no documento.

Os relatórios deverão ser encaminhados ao Secretário-Geral da ONU, que enviará cópias ao

Conselho Econômico e Social e, se pertinente, às agências especializadas.

A periodicidade de envio dos relatórios é definida pelo Conselho Econômico e Social.

Quanto ao conteúdo, poderão eles indicar os fatores e as dificuldades que prejudiquem o pleno cumprimento das obrigações previstas no Pacto.

Não há previsão, no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de um Comitê específico para análise de violações ao Pacto, diferentemente do que se dá com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que instituiu o Comitê de Direitos Humanos.

No caso do Pacto em análise, entretanto, o Conselho Econômico e Social da ONU criou posteriormente o Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ao qual cabe analisar os relatórios aqui referidos, de modo que os sistemas de monitoramento previstos em ambos os Pactos, nesse ponto, se aproximam.

Originariamente, todavia, o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais não previu o mecanismo das comunicações interestatais, cuja existência veio apenas com o Protocolo Facultativo, aprovado em 10 de dezembro de 2008 – Protocolo Facultativo que também dispõe sobre as comunicações por meio de petições individuais por parte das supostas vítimas (art. 2º), além das medidas provisórias em caso de urgência (art. 5º).

Protocolo Facultativo – Em 10 de dezembro de 2008, diante da resistência de muitos Estados em implementar os direitos previstos no PIDESC, foi aprovado o Protocolo Facultativo. Flávia Piovesan informa, a título de exemplo, que sistemas regionais apresentavam disparidades em número de adesões:

o Protocolo de São Salvador recebeu adesão de apenas 14 Estados-membros dos 25 que assinaram a Convenção Americana de Direitos Humanos, e a Carta Social Europeia, apenas 27 Estados-membros dos 49 que assinaram a Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Esse protocolo facultativo prevê também a adoção do mecanismo de petições individuais, como no PIDCP. Além disso, entre outras coisas, autoriza o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais a requisitar ao Estado-membro acusado a adoção de medidas de urgência para evitar danos irreparáveis às vítimas de violações e a realizar investigações *in loco* na eventualidade de grave e sistemática violação de um direito previsto no pacto.

Antônio Augusto Cançado Trindade, que em 1999 era presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, fez um pronunciamento histórico na IV Conferência Nacional de Direitos Humanos, proferida nos seguintes termos:

De que vale o direito à vida sem o provimento de condições mínimas de uma existência digna, se não de sobrevivência (alimentação, moradia, vestuário)? De que vale o direito à liberdade de locomoção sem o direito à moradia adequada? De que vale o direito à liberdade de expressão sem o acesso à instrução e educação básica? De que valem os direitos políticos sem o direito ao trabalho? De que vale o direito ao trabalho sem um salário justo, capaz de atender às necessidades humanas básicas? De que vale o direito à liberdade de associação sem o direito à saúde? De que vale o direito à igualdade perante a lei sem as garantias do devido processo legal? E os exemplos se multiplicam. Daí a importância da visão holística ou integral dos direitos humanos, tomados

todos conjuntamente. Todos experimentamos a indivisibilidade dos direitos humanos no quotidiano de nossas vidas. Todos os direitos humanos para todos, é este o único caminho seguro para a atuação lúcida no campo da proteção dos direitos humanos. Voltar as atenções igualmente aos direitos econômicos, sociais e culturais, face à diversificação das fontes de violações dos direitos humanos, é o que recomenda a concepção, de aceitação universal em nossos dias, da inter-relação ou indivisibilidade de todos os direitos humanos.

Os direitos contemplados pelo PIDESC estão distribuídos em 16 categorias:

1. Povos indígenas, remanescentes de quilombos e outras minorias
2. Meio ambiente e desenvolvimento sustentável
3. Discriminação e desigualdades
4. Gênero
5. Situação Agrária
6. Desenvolvimento econômico próprio
7. Trabalho e sindicalização
8. Previdência Social
9. Descanso e lazer
10. Família
11. Saúde
12. Alimentação
13. Criança e adolescente
14. Educação
15. Cultura
16. Moradia

Um relatório elaborado no ano 2000 pela Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados, com apoio de 17 entidades da sociedade civil, fez um balanço didático sobre o cumprimento, pelo Brasil, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Vamos ver, passo a passo, o conteúdo do relatório.

Povos indígenas, remanescentes de quilombos e outras minorias

O que diz o Pacto:

Artigo 1º

2. Os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados se exercerão sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.

Legislação existente no País referente aos direitos expostos no Pacto:

- Há na Constituição Federal um capítulo destinado aos índios, composto pelo art. 231 e seus sete parágrafos e pelo art. 232.

- São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens (art. 231 da CF).

- Quanto às demais minorias, a Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989, “define os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor”. A Lei n. 9.459, de 13 de maio de 1997, modificou o art. 1º da Lei n. 7.716, de 1989, para punir também os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Meio ambiente e desenvolvimento sustentável

O que diz o Pacto:

Artigo 6º

2. As medidas que os Estados-partes no presente Pacto deverão adotar, com o fim de assegurar o

pleno exercício desse direito, incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:

- *A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento sadio das crianças.*

- *A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente.*

Legislação existente no País referente aos direitos expostos no Pacto:

- Art. 225 da Constituição brasileira dispõe que: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

- Lei n. 4.771, de 15 de setembro de 1965, institui o Código Florestal.

- Decreto-lei n. 221, de 28 de fevereiro de 1967, dispõe sobre a proteção e estímulos à pesca e dá outras providências.

- Lei n. 6.943, de 31 de agosto de 1981, dispõe sobre a Política Nacional de Meio Ambiente.

- Lei n. 7.661, de 16 de maio de 1988, dispõe sobre o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro.

- Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.

Discriminação e desigualdades

O que diz o Pacto:

Artigo 2º

2. Os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados se exercerão sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, religião, opinião

política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.

Legislação existente no País referente aos direitos expostos no Pacto:

- O art. 3º, IV, da Constituição Federal dispõe que um dos objetivos fundamentais do Brasil é promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

- A Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989, “define os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor”. Sofreu modificações da Lei n. 9.459, de 13 de maio de 1997, para punir os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

- A proteção a idosos e portadores de deficiência física está garantida na Constituição Federal (art. 227, § 1º, II, e § 2º; art. 230, *caput*, e §§ 1º e 2º).

- A Lei n. 8.842, de 4 de janeiro de 1994, “dispõe sobre a Política Nacional do Idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências”. Foi regulamentada pelo Decreto n. 1.948, de 3 de julho de 1996.

- O Decreto n. 1.744, de 8 de dezembro de 1995, “regulamenta o benefício de prestação continuada devido à pessoa portadora de deficiência e ao idoso, de que trata a Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e dá outras providências”. A Lei n. 8.742, de 1993, “dispõe sobre a organização da assistência social e dá outras providências”.

- O inciso XXXI do art. 7º da Constituição Federal protege o trabalho do portador de deficiência.

- A Lei n. 8.213/91, que dispõe sobre os benefícios da Previdência Social, define, no art. 93, que a

empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência.

Gênero

O que diz o Pacto:

Artigo 2º

2. Os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a assegurar que os direitos nele enunciados serão exercidos sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.

Artigo 2º

3. Os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a assegurar a homens e mulheres igualdade no gozo de todos os direitos econômicos, sociais e culturais enumerados no presente Pacto.

Artigo 10

2. Deve-se conceder proteção especial às mães por um período de tempo razoável antes e depois do parto. Durante esse período, deve-se conceder às mães que trabalham licença remunerada ou licença acompanhada de benefícios previdenciários adequados.

Legislação existente no País referente aos direitos expostos no Pacto:

- O art. 5º, I, da Constituição Federal dispõe que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações.

- O inciso XX do art. 7º da Constituição Federal garante a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei. A Consolidação das Leis do Trabalho - CLT

(Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943) dedica os arts. 372 a 401 à proteção do trabalho da mulher.

- A Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997, em seu art. 10, § 3º, dispõe que “do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação deverá reservar o mínimo de trinta por cento e o máximo de setenta por cento para candidaturas de cada sexo”. Visa, assim, a assegurar representação feminina na Câmara dos Deputados, Câmara Legislativa, Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais.

Situação agrária

O que diz o Pacto:

Artigo 11

2.Os Estados-partes no presente Pacto, reconhecendo o direito fundamental de toda pessoa de estar protegida contra a fome, adotarão, individualmente e mediante cooperação internacional, as medidas, inclusive programas concretos, que se façam necessários para:

1. Melhorar os métodos de produção, conservação e distribuição de gêneros alimentícios pela plena utilização dos conhecimentos técnicos e científicos, pela difusão de princípios de educação nutricional e pelo aperfeiçoamento ou reforma dos regimes agrários, de maneira que se assegurem a exploração e a utilização mais eficazes dos recursos naturais.

Legislação existente no País referente aos direitos expostos no Pacto:

- O art. 5º, XXIII, da Constituição Federal dispõe que “a propriedade atenderá a sua função social”.

- A Constituição Federal tem capítulo inteiro (arts. 184 a 191) para tratar da política agrícola e fundiária e da reforma agrária.

- A Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964, “dispõe sobre o Estatuto da Terra e dá outras providências”.

- A Lei n. 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, “dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal”. É conhecida como Lei Agrária.

- A Lei Complementar n. 76, de 6 de julho de 1993, “dispõe sobre o procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo de desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária”.

- A Lei n. 9.393, de 19 de dezembro de 1996, “dispõe sobre o Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR”. Este imposto é um importante instrumento na implementação da política fundiária, por punir a ociosidade das terras improdutivas, contribuindo para o seu adequado aproveitamento.

Desenvolvimento econômico próprio

O que diz o Pacto:

Artigo 1º

1. Todos os povos têm o direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

Legislação existente no País referente aos direitos expostos no Pacto:

- O art. 1º da Constituição Federal, dispõe, em seu inciso IV, que o Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, tendo como um de seus fundamentos os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

- O art. 3º da Constituição Federal, em seu inciso II, declara que constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil garantir o desenvolvimento nacional.

- O art. 4º, I, da Constituição Federal dispõe que o Brasil rege-se, nas relações internacionais, pelo princípio da independência nacional, entre outros. O parágrafo único deste artigo dispõe sobre a busca da integração dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Trabalho e sindicalização

O que diz o Pacto:

Artigo 6º

1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de ter a possibilidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito e tomarão medidas apropriadas para salvaguardar esse direito.

Artigo 7º Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente:

1. uma remuneração que proporcione, no mínimo, a todos os trabalhadores:

2. um salário equitativo e uma remuneração igual por um trabalho de igual valor, sem qualquer distinção;

3. em particular, as mulheres deverão ter a garantia de condições de trabalho não inferiores às dos homens e perceber a mesma remuneração que eles, por trabalho igual;

4. uma existência decente para eles e suas famílias, em conformidade com as disposições do presente Pacto;

5. condições de trabalho seguras e higiênicas;

6. igual oportunidade para todos de serem promovidos, em seu trabalho, à categoria superior que lhes corresponda, sem outras considerações que as de tempo, de trabalho e de capacidade;

Artigo 8º

1. Os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a garantir:

1. direito de toda pessoa de fundar com outras sindicatos e de filiar-se ao sindicato de sua escolha, sujeitando-se unicamente aos estatutos da organização interessada, com o objetivo de promover e de proteger seus interesses econômicos e sociais. O exercício desse direito só poderá ser objeto das restrições previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades alheias;

Legislação existente no País referente aos direitos expostos no Pacto:

- O art. 8º da Constituição Federal dispõe que é livre a associação profissional ou sindical, nos seguintes moldes:

I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicatos, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao poder público a interferência e a intervenção na organização sindical;

II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria sindical ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

IV - a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei;

V - ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato;

VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;

VII - o aposentado filiado tem direito a votar e ser votado nas organizações sindicais;

VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.

Parágrafo único. As disposições deste artigo aplicam-se à organização de sindicatos rurais e de colônias de pescadores, atendidas as condições que a lei estabelecer.

Previdência Social

O que diz o Pacto:

Artigo 9º Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à previdência social, inclusive ao seguro social.

Legislação existente no País referente aos direitos expostos no Pacto:

- A Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, “dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências”.

- A Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, “dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências”. Ambas sofreram profundas alterações, principalmente da Emenda Constitucional n. 20, de 1998.

Descanso e lazer

O que diz o Pacto:

Artigo 7º Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente:

1. uma remuneração que proporcione, no mínimo, a todos os trabalhadores:

2. um salário equitativo e uma remuneração igual por um trabalho de igual valor, sem qualquer distinção;

3. em particular, as mulheres deverão ter a garantia de condições de trabalho não inferiores às dos homens e perceber a mesma remuneração que eles, por trabalho igual;

4. uma existência decente para eles e suas famílias, em conformidade com as disposições do presente Pacto;

5. condições de trabalho seguras e higiênicas;

6. igual oportunidade para todos de serem promovidos, em seu trabalho, à categoria superior que lhes corresponda, sem outras considerações que as de tempo, de trabalho e de capacidade;

7. descanso, o lazer, a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, assim como a remuneração dos feriados.

Legislação existente no País referente aos direitos expostos no Pacto:

- O inciso XV do art. 7º da Constituição Federal assegura o repouso semanal remunerado,

preferencialmente aos domingos.

- A Lei n. 9.093, de 12 de setembro de 1995, “dispõe sobre feriados”.

- O lazer está a cargo de legislações municipais que tratam das áreas de lazer, dos parques e das festas e folguedos populares.

Família

O que diz o Pacto:

Artigo 10º Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem que:

Deve-se conceder à família, que é o núcleo natural e fundamental da sociedade, a mais ampla proteção e assistência possíveis, especialmente para a sua constituição e enquanto ela for responsável pela criação e educação dos filhos. O matrimônio deve ser contraído com o livre consentimento dos futuros cônjuges.

Legislação existente no País referente aos direitos expostos no Pacto:

- A Constituição Federal dedica os arts. 226 a 230 à proteção da família, da criança, do adolescente e do idoso.

- O art. 226 da Constituição Federal estabelece que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. Reconhece, no § 3º do art. 226, a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

- Os direitos e os deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (art. 226, § 5º, da Constituição Federal).

- O art. 1.550, I a IV, do Código Civil (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002) dispõe que não podem casar a pessoa que não completou a idade mínima para casar, o menor em idade núbil, quando

não autorizado por seu representante legal, por vício de vontade, nos termos dos arts. 1.556 a 1.558, e o incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento.

- O casamento civil pode ser dissolvido por divórcio, consoante artigo 226, § 6º, da Constituição, após alteração da Emenda Constitucional n. 66/2010. Com essa modificação, o divórcio passou a ser requerido diretamente.

- A Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977, “regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências”.

- É assegurada licença à gestante de 120 dias (art. 7º, XVIII, da CF), sem prejuízo do salário e do emprego, no entanto, com o advento da Lei n. 11.770, de 9 de setembro de 2008, surge a possibilidade de prorrogação por mais 60 dias, oportunidade em que a pessoa jurídica empregadora deverá aderir ao Programa previsto em Lei, mediante concessão de incentivo fiscal.

Existe a estabilidade no emprego, desde a concepção até cinco meses após o parto (art. 10, II, *b*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

Saúde

O que diz o Pacto:

Artigo 12

1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental.

2. As medidas que os Estados-partes no presente Pacto deverão adotar, com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito, incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:

1. A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento são das crianças.

2. A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente.

3. A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças.

4. A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.

Legislação existente no País referente aos direitos expostos no Pacto:

- O art. 196 da Constituição Federal estabelece que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

- O art. 177 da Constituição Federal dispõe que as ações e serviços de saúde são de relevância pública.

- A Constituição Federal introduziu o Sistema Único de Saúde (SUS), pelo art. 198, como uma rede de ações e serviços de saúde. O SUS é financiado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (parágrafo único do art. 198 da CF). A execução dos serviços de saúde fica a cargo dos Municípios, com repasse de recursos dos governos federal e estaduais.

- A Lei n. 8.142, de 28 de dezembro de 1990, “dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde – SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos

financeiros na área da saúde e dá outras providências”.

Alimentação

O que diz o Pacto:

Artigo 11

1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados-partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

2. Os Estados-partes no presente Pacto, reconhecendo o direito fundamental de toda pessoa de estar protegida contra a fome, adotarão, individualmente e mediante cooperação internacional, as medidas, inclusive programas concretos, que se façam necessários para:

1. Melhorar os métodos de produção, conservação e distribuição de gêneros alimentícios pela plena utilização dos conhecimentos técnicos e científicos, pela difusão de princípios de educação nutricional e pelo aperfeiçoamento ou reforma dos regimes agrários, de maneira que se assegurem a exploração e a utilização mais eficazes dos recursos naturais.

2. Assegurar uma repartição equitativa dos recursos alimentícios mundiais em relação às necessidades, levando-se em conta os problemas tanto dos países importadores quanto dos exportadores de gêneros alimentícios.

Legislação existente no País referente aos direitos expostos no Pacto:

A Constituição Federal, no art. 23, VIII, determina que o incentivo à agricultura e o abastecimento da população estão garantidos, e que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar.

Criança e adolescente

O que diz o Pacto:

Artigo 10

Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem que:

1. Deve-se conceder à família, que é o núcleo natural e fundamental da sociedade, a mais ampla proteção e assistência possíveis, especialmente para a sua constituição e enquanto ela for responsável pela criação e educação dos filhos. O matrimônio deve ser contraído com o livre consentimento dos futuros cônjuges.

2. Deve-se conceder proteção especial às mães por um período de tempo razoável antes e depois do parto. Durante esse período, deve-se conceder às mães que trabalham licença remunerada ou licença acompanhada de benefícios previdenciários adequados.

3. Deve-se adotar medidas especiais de proteção e assistência em prol de todas as crianças e adolescentes, sem distinção alguma por motivo de filiação ou qualquer outra condição. Deve-se proteger as crianças e adolescentes contra a exploração econômica e social. O emprego de crianças e adolescentes, em trabalho que lhes seja nocivo à moral e à saúde, ou que lhes faça correr perigo de vida, ou ainda que lhes venha prejudicar o desenvolvimento normal, será punido por lei. Os Estados devem também estabelecer limites de idade,

sob os quais fique proibido e punido por lei o emprego assalariado da mão de obra infantil.

Legislação existente no País referente aos direitos expostos no Pacto:

- O art. 227 da Constituição Federal dispõe que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

- A Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente; tem 267 artigos. O art. 20 determina que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

- O art. 7º, XXIII, da Constituição Federal proíbe o trabalho noturno, perigoso e insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos. O art. 67, III, da Lei n. 8.069 proíbe o trabalho do adolescente em locais prejudiciais à sua formação e ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social.

Educação

O que diz o Pacto:

Artigo 13

1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do

sentido de sua dignidade e a fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

Legislação existente no País referente aos direitos expostos no Pacto:

- O art. 205 da Constituição Federal dispõe que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família e será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

- A Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) dispõe que os direitos humanos são ensinados em temas transversais, conforme surja a oportunidade durante a explanação das diversas matérias.

- O art. 208, I, da Constituição Federal dispõe que o ensino fundamental é obrigatório e gratuito nas escolas governamentais.

- O art. 208, II, da Constituição Federal dispõe que o ensino médio deve ser progressivamente universalizado e gratuito nos estabelecimentos mantidos pelos governos federal, estaduais e municipais.

- O art. 208, V, da Constituição Federal prevê acesso ao ensino superior, devendo ser gratuito nos estabelecimentos mantidos pelos governos federal, estaduais e municipais.

- O art. 208, I, da Constituição Federal prevê acesso ao ensino para quem não pôde frequentá-lo em idade própria. A oferta de ensino noturno adequado às condições do educando está contida no art. 208, VI.

- O § 1º do art. 213 da Constituição Federal dispõe sobre a concessão de bolsas de estudo.

- O art. 206, V, da Constituição Federal dispõe sobre a valorização dos profissionais de ensino.

- O art. 206, VII, da Constituição Federal exige garantia de padrão de qualidade do ensino.

- O § 1º do art. 208 da Constituição Federal dispõe que “o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo” e o § 2º que “o não oferecimento do ensino obrigatório pelo poder público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente”.

Cultura

O que diz o Pacto:

Artigo 15

Parágrafo 1º Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem a cada indivíduo o direito de:

1. Participar da vida cultural;

Legislação existente no País referente aos direitos expostos no Pacto:

- O art. 215 da Constituição Federal dispõe que “o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”. Direitos culturais são o direito à produção cultural, o direito de acesso à cultura e o direito à memória histórica.

- O § 1º do art. 215 da Constituição Federal dispõe sobre a proteção das culturas populares, indígenas e

afro-brasileiras e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

- O Decreto-lei n. 25, de 30 de novembro de 1937, “organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional”.

- A Lei n. 8.313, de 23 de dezembro de 1991, que “restabelece princípios da Lei n.7.505, de 2 de julho de 1986, institui o Programa Nacional de Apoio à Cultura – PRONAC e dá outras providências”, conhecida como Lei Rouanet, cria incentivos à cultura.

- A ação civil pública, estabelecida na Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, que “disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (vetado) e dá outras providências”, é um instrumento processual de tutela aos direitos difusos dos quais os bens culturais são espécie.

- O art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal legitima qualquer cidadão a propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência. A Lei da Ação Popular é a Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965, que regulamenta este instituto.

Moradia

O que diz o Pacto:

Artigo 11

1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família,

inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados-partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

Legislação existente no País referente aos direitos expostos no Pacto:

- Em nível federal, a legislação sobre moradia constitui-se de normas de financiamento.

- As normas sobre construção são da competência dos Municípios.

- A Lei n. 4.380, de 21 de agosto de 1964, instituiu a correção monetária nos contratos imobiliários de interesse social, o sistema financeiro para a aquisição da casa própria, criou o Banco Nacional da Habitação (BNH), e Sociedades de Crédito Imobiliário, as Letras Imobiliárias, o Serviço Federal de Habitação e Urbanismo (SERFHAU). Esta lei foi um marco, mas está praticamente toda desatualizada. Não existe mais a correção monetária, desde a criação do Plano Real, em 1994; o BNH foi extinto, passando suas atribuições para a Caixa Econômica Federal; e o SERFHAU também foi extinto, sendo suas atribuições, hoje, parcialmente exercidas pela Secretaria Especial de Desenvolvimento Urbano da Presidência da República.

- A Lei n. 5.107, de 13 de fevereiro de 1966, que criou o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, vinculou a aplicação desses recursos para a área de habitação e infraestrutura urbana. Hoje, esse vínculo ainda é mantido pela atual lei que rege o FGTS, a Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990. Por

essa razão, grande parte das normas que regulam a aplicação de recursos controlados pelo Poder Público emanam de Resoluções do Conselho Curador do FGTS.

- Em termos de legislação urbanística deve ser destacada a Lei n. 6.766, de 19 de dezembro de 1979, que dispõe sobre os parcelamentos do solo urbano.

- A Constituição Federal, em 1988, criou um Capítulo específico sobre Política Urbana. No art. 183, prevê o instituto do usucapião especial urbano para fins de moradia. Quem habita área urbana de até 250 m², não sendo dono, por pelo menos cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, adquire a propriedade.

- A Proposta de Emenda à Constituição n. 601, de 1998, do Senado Federal, inclui a moradia entre os direitos sociais.

9.3. SISTEMA ESPECIAL DE PROTEÇÃO

Paralelamente ao sistema geral de proteção dos direitos humanos, composto pela Carta da ONU, pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, pelo Pacto Internacional dos Direitos Sociais e Políticos e pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, há o chamado sistema especial de proteção.

Trata-se de sistema composto por documentos internacionais destinados ou à proteção de novos direitos surgidos na modernidade, ou à proteção de determinados grupos de pessoas tidas como vulneráveis – a este último processo denominou-se especificação do sujeito de direito no plano internacional, que nada mais é que a consideração das características concretas de certo grupo de

pessoas, afastando-se da abstração e da generalidade características do tradicional conceito de sujeito de direito.

O sistema geral e o sistema especial de proteção dos direitos humanos são complementares.

SISTEMA GERAL	→	SUJEITO DE DIREITO GENÉRICO, ABSTRATO
SISTEMA ESPECIAL	→	ESPECIFICAÇÃO DO SUJEITO DE DIREITO

Costuma-se utilizar a terminologia *geral/especial* para designar os sistemas que levem em consideração ou não o processo de especificação do sujeito de direito. Por outro lado, fala-se em sistemas de proteção *universal/regional* para designar a abrangência geográfica dos tratados ou convenções.

Os principais tratados a compor o sistema especial de proteção, resultado do processo de especificação do sujeito de direito, são:

- Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial;
- Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher;
- Convenção sobre os Direitos da Criança;
- Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência;
- Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias;
- Convenção contra a Tortura;
- Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio.

Como regra, tal qual se dá com o sistema geral, essas Convenções preveem o sistema de monitoramento baseado em relatórios elaborados pelos Estados-partes, a serem submetidos ao crivo de determinado órgão de controle – em regra, um Comitê.

Alguns deles foram sucedidos por Protocolos Facultativos, que dispõem sobre o sistema de petição individual e o sistema de comunicações interestatais.

Sistema de relatórios	É a regra	→	em geral, previsto na própria Convenção
Sistema de petições individuais e sistema de comunicações interestatais	Nem sempre admitidos	→	em geral, previstos em Protocolos Facultativos

9.3.1. CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO RACIAL

No início da década de 1960, o mundo enfrentou o ressurgimento de atividades nazifascistas clandestinas, especialmente em países da África.

Populações negras e judeus sofreram perseguição sistemática, o que levou a ONU a promover discussões sobre a questão. A Convenção contra a Discriminação Racial foi adotada pela ONU em 21 de dezembro de 1965, trazendo em seu preâmbulo a afirmação de que “qualquer doutrina de superioridade baseada em diferenças raciais é cientificamente falsa, moralmente condenável, socialmente injusta e perigosa, inexistindo

justificativa para a discriminação racial, em teoria ou em prática, em lugar algum”.

A Convenção foi ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968. É composta de três partes: a primeira trata dos direitos ali previstos; a segunda, do sistema de monitoramento; a terceira, do procedimento relativo à sua adoção pelos Estados-partes, bem como das reservas e da denúncia.

O documento define discriminação racial como toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em igualdade de condição de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública.

Portanto, discriminação racial, segundo a Convenção, não é apenas aquela baseada na raça.

Além disso, a Convenção expressamente exclui de seu âmbito de proteção as distinções feitas por um Estado-parte entre cidadão e não cidadão, o que, aliás, ocorre em nossa Constituição Federal - *vide*, por exemplo, o art. 12, § 2º, da CF.

Da mesma forma, a Convenção estabelece não haver impedimento algum a que o Estado-parte adote as chamadas ações afirmativas, com vistas a proporcionar a determinados grupos de indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades individuais, ressalvando, entretanto, que tais medidas deverão ser temporárias (até que o objetivo seja alcançado) e não poderão resultar na manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais.

Firma-se o compromisso de os Estados-partes adotarem todas as medidas necessárias nos campos social, econômico, cultural e outros ao desenvolvimento ou à proteção de certos grupos raciais ou indivíduos pertencentes a esses grupos, almejando o alcance de condições de igualdade no exercício dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

Entre os direitos previstos na Convenção estão:

- direito a um tratamento igual perante os tribunais ou qualquer órgão que administre a justiça;

- direito à segurança da pessoa ou à proteção do Estado contra violência ou lesão corporal cometida, quer por funcionários do Governo, quer por qualquer indivíduo, grupo ou instituição;

- direitos políticos, particularmente direitos de participar nas eleições - de votar e ser votado -, conforme o sistema de sufrágio universal e igual, de tomar parte no Governo e de acesso em igualdade de condições às funções públicas;

- direitos civis e políticos, em especial: de circular livremente, de deixar qualquer país, direito a uma nacionalidade, direito de casar-se e escolher o cônjuge, direito à propriedade, à herança, à liberdade de pensamento, de consciência e de religião, à liberdade de opinião e de expressão, à liberdade de reunião e de associação pacíficas;

- direitos econômicos, sociais e culturais, em especial: direito ao trabalho, à livre escolha de trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho, à proteção contra o desemprego, a um salário igual para um trabalho igual, a uma remuneração equitativa e satisfatória;

- direito à habitação;

- direito à saúde pública e à previdência social;
- direito à educação e à formação profissional.

Sistema de monitoramento - A Convenção destaca-se por ter sido a primeira a criar mecanismo próprio de supervisão. Nesse sentido, prevê a criação de um Comitê sobre a Eliminação da Discriminação Racial, composto de dezoito peritos de grande prestígio moral e reconhecida imparcialidade, com mandato de quatro anos.

A cada Estado-parte incumbe submeter ao Secretário-Geral das Nações Unidas, para exame do Comitê, um relatório sobre as medidas legislativas, judiciárias, administrativas ou outras que adotarem para tornar efetivas as disposições da Convenção.

O relatório deve ser enviado a cada quatro anos ou sempre que o Comitê solicitar.

Há a previsão, também, do sistema de comunicações interestatais: um Estado-parte pode acionar o Comitê, informando que outro Estado-parte vem descumprindo as disposições da Convenção. O Comitê, então, transmitirá a comunicação a este, que terá prazo de três meses para prestar explicações ou declarações por escrito.

Não sendo o problema solucionado no prazo de seis meses, ambos os Estados-partes terão o direito de submetê-lo ao Comitê, notificando-o ou notificando o outro Estado.

Para que o Comitê conheça a questão é necessário que todos os recursos internos disponíveis tenham sido utilizados e esgotados, a menos que excedam prazos razoáveis.

Obtidas as informações que julgar necessárias, o Comitê nomeará uma Comissão de Conciliação *ad hoc*, composta de 5 pessoas, membros ou não do Comitê, com o objetivo de obter uma solução

amigável. A Comissão, ao final, encaminhará relatório ao Presidente do Comitê, com as recomendações que julgar oportunas.

Por fim, a Convenção também prevê que o Estado-parte poderá declarar, a qualquer momento, que reconhece a competência do Comitê para julgar casos mediante o sistema de petições individuais, mediante o qual a própria vítima informa a violação havida. É necessário, contudo, declaração expressa do Estado nesse sentido.

A decisão do Comitê não tem força vinculante, mas é publicada no relatório anual encaminhado pelo Comitê à Assembleia Geral das Nações Unidas.

Em suma, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial prevê em seu corpo todos os sistemas de monitoramento normalmente observados: i) relatórios encaminhados ao Comitê; ii) comunicações interestatais; iii) petições individuais.

9.3.2. CONVENÇÃO CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES

A chamada lei do mais forte tem sido, na história do mundo, um drama para as populações mais carentes e vulneráveis. Entre elas, as mulheres, que em muitos lugares são submetidas a práticas de violação desumana e degradante, do ponto de vista físico e moral. Diante desse quadro, a ONU celebrou essa Convenção em dezembro de 1984, para preservar indivíduos e grupos de danos decorrentes de deliberada infligência de dor ou sofrimentos físicos e mentais, ou castigos, intimidações ou coações de qualquer natureza. O crime é ainda mais grave

quando cometido por agentes do Estado em situação de autoridade.

A Convenção também criou o Comitê contra a Tortura, habilitado a receber e a investigar denúncias de crimes dessa natureza.

Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes

Os Estados-partes nesta Convenção,

Considerando que, de acordo com os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, o reconhecimento dos direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

Reconhecendo que estes direitos derivam da dignidade inerente à pessoa humana,

Considerando a obrigação dos Estados, nos termos da Carta, especialmente do artigo 55, de promover o respeito universal e a observância dos direitos humanos e das liberdades fundamentais,

Tendo em conta o artigo 5º da Declaração Universal dos Direitos Humanos e o artigo 7º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que estabelecem que ninguém será submetido à tortura ou a tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes,

Levando também em consideração a Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotada pela Assembleia Geral em 9 de dezembro de 1975,

Desejando tornar mais eficaz a luta contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis,

desumanos ou degradantes em todo o mundo, acordaram o seguinte:

PARTE I

Artigo 1º

1. Para os fins desta Convenção, o termo “tortura” designa qualquer ato pelo qual uma violenta dor ou sofrimento, físico ou mental, é infligido intencionalmente a uma pessoa, com o fim de se obter dela ou de uma terceira pessoa informações ou confissão; de puni-la por um ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir ela ou uma terceira pessoa; ou por qualquer razão baseada em discriminação de qualquer espécie, quando tal dor ou sofrimento é imposto por um funcionário público ou por outra pessoa atuando no exercício de funções públicas, ou ainda por instigação dele ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência, inerentes ou decorrentes de sanções legítimas.

A Convenção veda que sejam invocadas circunstâncias excepcionais, como ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública, como justificação para a tortura.

Veda também a extradição, a expulsão ou a devolução de uma pessoa quando houver substanciais razões para crer que no Estado destinatário ela corra o perigo de ser submetida à tortura.

Os Estados-partes se comprometem a tipificar penalmente todos os atos de tortura e de tentativa de tortura, ou mesmo todo ato de qualquer pessoa

que constitua cumplicidade ou participação na tortura.

Além disso, todo Estado-parte em cujo território se encontre pessoa suspeita de ter cometido qualquer um dos crimes mencionados anteriormente poderá proceder à detenção de tal pessoa ou tomar as medidas legais para assegurar sua presença, de acordo com as normas de processo penal ou de extradição. O Estado-parte ou deverá extraditar referida pessoa, ou processá-la de acordo com o direito interno.

Os crimes de tortura deverão ser tidos como passíveis de extradição. Caso o Estado-parte condicione esta à existência de tratado, na hipótese em que não houver um, a Convenção poderá ser considerada como base legal para a extradição.

A Convenção ainda prevê que o sistema jurídico de cada Estado-parte deverá assegurar direito à reparação e à indenização justa e adequada à vítima ou aos seus descendentes, em caso de morte por decorrência da tortura praticada.

A prova produzida mediante tortura deverá ser desconsiderada em todo e qualquer processo, salvo contra o próprio torturador.

Sistema de monitoramento - A Convenção prevê a criação de um Comitê contra a Tortura, composto por dez peritos de elevada reputação moral e reconhecida competência em matéria de direitos humanos, com mandato de quatro anos.

Como de praxe, há a previsão do envio de relatórios pelos Estados-partes ao Comitê sobre as medidas adotadas para dar cumprimento às disposições da Convenção. O Comitê poderá optar por encaminhar seus comentários à Assembleia

Geral das Nações Unidas, em seu relatório anual de atividades.

O Comitê poderá visitar o território do Estado-parte no qual haja denúncia de prática de tortura.

Há previsão, também, dos sistemas de comunicações interestatais e de petições individuais. São necessárias, em ambos os casos, declarações expressas dos Estados anuindo com tais sistemas e submetendo-se à jurisdição do Comitê.

Uma vez mais, a decisão do Comitê não tem força vinculante, ou seja, não surte consequências jurídicas. Apenas no plano político é que pode se dar o chamado *power of embarrassment* - o constrangimento do Estado perante a comunidade internacional.

Por fim, houve um Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura, ratificado pelo Brasil em 2007, que prevê sistema preventivo de visitas regulares realizadas por órgãos nacionais e internacionais a locais de detenção.

Legislação brasileira contra a tortura - O Brasil ratificou a Convenção em 1989. Atendendo à determinação ali constante para que seja editada legislação tipificando criminalmente a tortura, foi promulgada no Brasil a Lei n. 9.455/97. O tipo restou assim formulado:

Art. 1º Constitui crime de tortura:

I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;

b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;

c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

§ 1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.

§ 2º Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos.

§ 3º Se resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, a pena é de reclusão de quatro a dez anos; se resulta morte, a reclusão é de oito a dezesseis anos.

§ 4º Aumenta-se a pena de um sexto até um terço:

I - se o crime é cometido por agente público;

II - se o crime é cometido contra criança, gestante, portador de deficiência, adolescente ou maior de 60 (sessenta) anos; (Redação dada pela Lei n. 10.741, de 2003)

III - se o crime é cometido mediante sequestro.

§ 5º A condenação acarretará a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada.

§ 6º O crime de tortura é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia.

§ 7º O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado.

Como se vê, a legislação brasileira amplia o sujeito ativo do crime em relação à descrição da

conduta consagrada na Convenção: pela Lei n. 9.455/97, pode ser sujeito ativo do crime de tortura qualquer pessoa, ao passo que, de acordo com a Convenção, apenas o funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou, ainda, por instigação, pode sê-lo.

Outra diferença: na chamada tortura por discriminação (art. 1º, I, [c](#), da citada lei), há previsão apenas da discriminação racial ou religiosa; já a Convenção, de forma ampla, prevê discriminação de qualquer natureza.

9.3.3. CONVENÇÃO PARA A PREVENÇÃO E REPRESSÃO DO CRIME DE GENOCÍDIO

Também como forma de reação às atrocidades cometidas pelos nazistas durante a Segunda Guerra Mundial, realizou-se a Conferência de Postdam, integrada pelos representantes dos países vencedores, na qual restou decidido que seriam criados tribunais internacionais que julgassem crimes de guerra contra a humanidade.

Imediatamente foi implantado o tribunal militar internacional de Nuremberg, em 1945, pela Carta de Londres. Um ano depois foi criado o tribunal de Tóquio.

Os resultados preliminares das investigações desses dois tribunais levaram a ONU a adotar a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, em 9 de dezembro de 1948. Este foi o primeiro tratado internacional de proteção dos direitos humanos aprovado pela ONU. No Brasil, a Convenção foi adotada pelo Decreto n. 30.822, de 6 de maio de 1952. O esboço de uma convenção com esse fim já podia ser visto nas célebres conferências de paz de Haia, iniciadas em 1899.

A Convenção, em seu art. II, define genocídio como qualquer um dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso:

- assassinato de membros de grupo;
- dano grave à integridade física ou mental de membros do grupo;
- submissão intencional do grupo a condições de existência que lhe ocasionem a destruição física total ou parcial;
- medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;
- a transferência forçada de crianças de um grupo para outro grupo.

A Convenção aplica-se em tempo de paz e em tempo de guerra. Pune-se, de acordo com o documento, não apenas o genocídio, mas também:

- o conluio para seu cometimento;
- a incitação direta e pública a cometer o genocídio;
- a tentativa de genocídio;
- a cumplicidade no genocídio.

O genocídio não será considerado crime político para efeito de extradição.

Essa Convenção não enumera direitos; apenas traz definições e metas a serem atingidas pelos Estados-partes. Além disso, prevê a punição das pessoas perpetradoras do genocídio, e não dos Estados-partes, ao contrário do que se costuma observar nos tratados. Por esse motivo, Carlos Weis não a considera um tratado de direitos humanos *stricto sensu*, e, sim, apenas uma normativa própria do direito penal internacional.

Ao longo dos anos, a ONU e a comunidade internacional criaram tribunais específicos *ad hoc*

para julgar crimes cometidos em conflitos determinados. Foi o caso da corte civil que em 1993 julgou crimes na antiga Iugoslávia (mais de 150 mil homicídios cometidos durante a guerra de 1991, na forma de massacre e a pretexto de “limpeza étnica”). Foi o caso também do tribunal criado para julgar genocídio em Ruanda (mais de um milhão de pessoas foram mortas no país entre abril e julho de 1994).

A Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio já previa a criação de uma Corte Penal Internacional. Em tempo recente, a ONU optou por instituir uma corte criminal internacional permanente, que fosse encarregada de julgar crimes dessa natureza, em nível global: o Tribunal Penal Internacional.

9.3.4. O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

No Tratado de Roma, de 1998, foi elaborado o Estatuto do Tribunal Penal Internacional. Um total de 120 nações votou a favor do Estatuto (houve 21 abstenções e sete votos contrários – entre estes os Estados Unidos).

O TPI tem caráter permanente, independente, com jurisdição complementar às Cortes nacionais e vinculada à ONU. Sua criação constituiu um grande avanço em relação aos Tribunais Internacionais *ad hoc* até então em voga, uma vez que a instituição destes dependia de resoluções do Conselho de Segurança da ONU, sendo necessário que os 5 membros permanentes não vetassem a proposta, o que dava margem ao exercício de influências políticas indesejáveis nesse campo fundamental para os direitos humanos.

Segundo o art. 5º do Estatuto, a competência material do TPI é julgar:

- crimes de genocídio;
- crimes contra a humanidade;
- crimes de guerra; e
- crimes de agressão.

Em síntese, todos esses crimes integram a categoria de crimes contra a humanidade.

O art. 7º do Estatuto do TPI enumera esses crimes: homicídio; extermínio; escravidão; deportação ou transferência forçada de uma população; prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave; tortura; agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável; perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero; desaparecimento forçado de pessoas; crime de *apartheid*.

O TPI é composto por dezoito juízes, cada um indicado para um mandato de nove anos. Apoiar-se em outra convenção anterior, assinada em 26 de novembro de 1968, e que trata sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade.

A jurisdição do TPI, como dito, é complementar à dos Estados, isto é, pressupõe que o sistema judicial destes tenha sido incapaz de julgar a contento o crime submetido à sua apreciação. Visou-se, com isso, afastar a impunidade reinante em crimes desse jaez.

No mesmo sentido, o Estatuto do TPI dispõe que a responsabilização penal em âmbito internacional

independe do cargo oficial eventualmente ocupado, ou seja, mesmo Chefes de Estado ou Chefes de Governo poderão ser processados e condenados pelo TPI.

Aciona-se a jurisdição do TPI por meio de denúncia formulada pelo próprio Estado-parte ou pelo Conselho de Segurança à Promotoria (órgão do Tribunal responsável pelo recebimento das denúncias, investigação dos fatos ali mencionados e posterior propositura da ação penal perante o Tribunal). A Promotoria também pode agir de ofício.

Para ser julgado pelo TPI, o Estado necessariamente deve, antes, ter se submetido à sua jurisdição. A ratificação do tratado não pode ser feita com reservas.

No TPI, como regra, a pena máxima admitida é de 30 anos; excepcionalmente, aceita-se a prisão perpétua em face da extrema gravidade do crime e das circunstâncias pessoais do condenado. Apesar de se tratar de um tribunal de índole eminentemente penal, pode o TPI também reconhecer a responsabilidade civil dos condenados, impondo a eles a obrigação de reparar os danos causados às vítimas e aos seus familiares.

10 O SISTEMA REGIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

10.1. PRECEDENTES

O século XX foi pródigo em guerras civis, principalmente aquelas ocorridas em colônias, que objetivavam a independência em relação às metrópoles, como Angola, Moçambique e Timor Leste, para mencionar apenas os países lusófonos. O envolvimento de dois países, às vezes três, num conflito, não justificava que fosse acionado o sistema global de proteção aos direitos humanos, pela simples razão de que um sistema regional podia ser mais ágil e mais eficaz no recebimento de denúncias, investigação, verificação e resolução de violações ao pacto. Por esse motivo, a ONU estimulou a criação de sistemas regionais – que são três: o interamericano, o europeu e o africano. O sistema árabe ainda é incipiente, e sobre a criação de um sistema asiático tudo não passa de proposta, por enquanto.

A vantagem de um sistema regional (que não exclui a subordinação ao sistema global) é que existe um aparato jurídico próprio, que reflete com mais autenticidade e proximidade as peculiaridades e características históricas dos países envolvidos.

10.2. O SISTEMA EUROPEU

Criado pela Convenção Europeia de Direitos Humanos, em 1950, tem como aparelho jurídico a Corte Europeia de Direitos Humanos (criada em 1959, na cidade de Estrasburgo, França).

O sistema europeu é o mais desenvolvido dos que integram o Sistema Global de Direitos Humanos. Há um fundamento histórico para isto, visto que a Europa foi o continente mais atingido pela ameaça nazifascista na Segunda Guerra Mundial.

A Corte Europeia de Direitos Humanos está acima dos tribunais nacionais. Indivíduos que considerem não haver recebido justiça em seus países têm a possibilidade de acionar a Corte, a qual pode também ordenar o pagamento de indenizações às vítimas.

Atualmente, a Corte é composta por 47 juízes, o número de Estados-partes.

Mais de 10 mil queixas já foram recebidas pela Corte desde a sua criação. No entanto, vários governos europeus ignoraram as decisões proferidas pela Corte, especialmente países em conflito no Leste Europeu, na década de 1990.

Um dado importante é que, para um país ser admitido como membro filiado da União Europeia, precisa ser aprovado pela Corte Europeia de Direitos Humanos.

A jurisdição da Corte estende-se aos que estiverem no território dos Estados-partes, e não apenas aos seus nacionais.

Entre os direitos e garantias previstos na Convenção estão:

- direito à vida;
- direito ao devido processo legal;
- direito à privacidade;
- direito à liberdade de expressão, de pensamento, de consciência e de religião;
- direito à propriedade;
- proibição da tortura, de tratamentos e punições desumanos ou degradantes;

- proibição do trabalho forçado;
- proibição de prisões arbitrárias e ilegais.

10.3. O SISTEMA AFRICANO

Foi o terceiro sistema a entrar em vigor (21 de outubro de 1986, por meio da chamada Carta de Banjul, que havia sido assinada naquela cidade de Gâmbia seis anos antes).

O continente africano, devido à sua excepcional diversidade ambiental, é cenário de exuberantes riquezas naturais, do diamante ao petróleo. Por isso mesmo atrai, desde que Vasco da Gama fincou pés portugueses nas costas africanas, quando a caminho das Índias fez parada naquele continente, a atenção e a cobiça de diversos povos.

Sua vulnerabilidade, decorrente de disputas tribais e circunstâncias de heterogeneidade que impediram o seu desenvolvimento nos padrões europeus, principalmente, tornou-a presa fácil de potências que ali instalaram colônias. Nessas colônias, os nativos eram tratados como animais, chegando a ser considerados equiparáveis a esses. Embora a situação tenha evoluído muito ao longo da história, o africano ainda é tratado como inferior por algumas nações (inclusive dentro da própria África), o que dificulta a eficácia da Carta de Banjul.

A principal contingência ocorreu após a Segunda Guerra Mundial, em decorrência do processo de independência das colônias (principalmente durante as décadas de 1960 e 1970), que conduziu uma importante alteração na organização regional da África.

Por ocasião da assinatura da Carta das Nações Unidas, em 1945, apenas quatro países africanos eram independentes: África do Sul, Egito, Etiópia e

Libéria. Atualmente, existem outros 49 países independentes no continente africano.

Em 1963, foi criada em Adis Abeba, capital da Etiópia, a OUA – Organização da Unidade Africana, entidade diplomática internacional.

A Carta de Banjul teve por princípio a reconstrução dos sistemas políticos e a implementação dos direitos humanos vilipendiados, como liberdade de associação, liberdade de imprensa, eleições regulares, direito à vida etc. No entanto, o escopo jurídico da OUA não contemplava os direitos humanos.

Foi necessário, então, que o continente se integrasse ao Sistema Global de Proteção, criando o Sistema Africano de Proteção aos Direitos Humanos. Foi o que aconteceu na Conferência de Lagos na Nigéria, em 1961, da qual participaram representantes de 23 países africanos e de 9 países de fora do continente. Mas foi somente em 1978, com um pedido oficial da Nigéria, na Assembleia Geral da ONU, de assistência para o estabelecimento de instituições regionais de direitos humanos, que o assunto entrou definitivamente em pauta. No ano seguinte, a Carta Africana de Direitos Humanos foi esboçada e começou a ser negociada.

Do ponto de vista normativo, o caráter da Carta Africana de Direitos Humanos é dúbio, pois conflita em muitos casos com legislações internas, as quais não sobrepuja.

10.4. O SISTEMA INTERAMERICANO

O Sistema Interamericano foi instituído por meio da Carta da Organização dos Estados Americanos – OEA. A Carta, que leva o nome oficial de Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, foi

aprovada na Nona Conferência Internacional Americana, em Bogotá, Colômbia, em 1948.

No seu preâmbulo, estão sintetizados os seus princípios:

Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos e, como são dotados pela natureza de razão e consciência, devem proceder fraternalmente uns para com os outros.

O cumprimento do dever de cada um é exigência do direito de todos. Direitos e deveres integram-se correlativamente em toda a atividade social e política do homem. Se os direitos exaltam a liberdade individual, os deveres exprimem a dignidade dessa liberdade.

Os deveres de ordem jurídica dependem da existência anterior de outros de ordem moral, que apoiam os primeiros conceitualmente e os fundamentam.

É dever do homem servir o espírito com todas as suas faculdades e todos os seus recursos, porque o espírito é a finalidade suprema da existência humana e a sua máxima categoria.

É dever do homem exercer, manter e estimular a cultura por todos os meios ao seu alcance, porque a cultura é a mais elevada expressão social e histórica do espírito.

E, visto que a moral e as boas maneiras constituem a mais nobre manifestação da cultura, é dever de todo homem acatar-lhes os princípios.

A OEA é a mais antiga organização regional do mundo. Foi concebida na Primeira Conferência Internacional Americana, realizada em Washington, Estados Unidos, entre outubro de 1889 e abril de 1890, ocasião em que foi aprovada a União Internacional das Repúblicas Americanas.

Foi efetivada, todavia, somente em 1948, em Bogotá, na Colômbia, quando foi assinada a Carta da OEA. Depois das ratificações, entrou em vigor em dezembro de 1951.

A Carta foi reformada e atualizada algumas vezes: em 1967, pelo Protocolo de Buenos Aires; em 1985, pelo Protocolo de Cartagena das Índias; em 1993, pelo Protocolo de Manágua; e, em 1997, pelo Protocolo de Washington.

Atualmente, a OEA conta com 35 Estados-membros. Além disso, a Organização concedeu o *status* de observador permanente a 62 Estados e à União Europeia.

10.4.1. CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

O documento mais importante do sistema interamericano é a Convenção Americana de Direitos Humanos, que ficou internacionalmente conhecida como Pacto de São José da Costa Rica.

A Convenção foi assinada em 1969, na capital da Costa Rica, durante a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, e levou outros nove anos para entrar em vigor. O Brasil ratificou-a somente em 25 de setembro de 1992, possivelmente porque o regime de exceção vivido pelo país à época não admitia ingerência externa nos assuntos considerados políticos.

O Pacto de São José da Costa Rica tem 82 artigos. Não trata especificamente dos direitos sociais, culturais ou econômicos. A respeito, tem-se apenas o art. 26, que enuncia o chamado desenvolvimento progressivo: devem os Estados adotar medidas que garantam a efetividade daqueles direitos, cuja enunciação coube ao Protocolo de São Salvador, que entrou em vigor em novembro de 1999.

No que se refere ao direito à vida, o Pacto determinou que não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido. Além disso, expressamente vedou a aplicação da pena de morte a delitos políticos e também a delitos comuns conexos com delitos políticos. Por fim, dispôs que a pena capital não pode ser aplicada a quem, ao tempo do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem tampouco a mulher em estado de gravidez.

O Pacto de São José da Costa Rica estabelece também os deveres das pessoas e indica como foro de discussões e arbitragem para eventuais desrespeitos aos seus mandamentos a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, localizada em São José da Costa Rica.

A Corte é formada por sete juízes, cada um representando um Estado-membro. O Brasil já esteve representado pelo juiz Antônio A. Cançado Trindade, que foi presidente entre 1999-2004 e 1995-2006.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos – De acordo com o art. 41 do Pacto, a função principal da Comissão Interamericana de Direitos Humanos é promover a observância e a defesa da integridade humana. O dispositivo traz, ainda, as atribuições do órgão. Entre elas, destacam-se:

- 1) formular recomendações aos governos dos Estados-membros, quando considerar conveniente, para que adotem medidas progressivas em favor dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e de seus preceitos constitucionais, bem como

disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos;

2) solicitar aos governos dos Estados-membros que lhe proporcionem informações sobre as medidas que adotarem em matérias de direitos humanos.

Trata-se, portanto, de verdadeiro órgão monitorador dos Estados-membros.

Uma inovação bastante salutar trazida pelo art. 44 do Pacto diz respeito à legitimidade para peticionar perante a Comissão: não apenas as vítimas, mas também qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou, ainda, entidade não governamental legalmente reconhecida pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação da Convenção por um Estado-parte.

Há, todavia, pressupostos para que a petição seja admitida. Estão previstos no art. 46 do Pacto:

a) esgotamento dos recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de Direito Internacional geralmente reconhecidos;

b) apresentação dentro do prazo de seis meses, contado a partir da data em que o presumido prejudicado tenha sido notificado da decisão definitiva;

c) exclusividade da via escolhida (inexistência de litispendência internacional): a matéria da petição ou da comunicação não pode ter sido submetida a outro processo de solução internacional;

d) em se tratando de petição subscrita por pessoa, grupo de pessoas ou entidade não governamental, deverá ela conter o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou representante legal da entidade.

Quanto à estrutura do processo, a Comissão, de início, analisará os requisitos de admissibilidade

mencionados. Se presentes, solicitará informações ao Governo do Estado a que pertença a autoridade apontada como responsável pela violação, as quais deverão ser enviadas em prazo razoável.

Com as informações, ou transcorrido o prazo fixado, a Comissão analisará o mérito da petição. Se não for o caso de arquivá-la, passará a um exame mais aprofundado da matéria, podendo investigar os fatos, para o que solicitará aos Estados interessados todas as facilidades necessárias (inclusive o encaminhamento de exposições verbais ou escritas que apresentarem os interessados).

Já na fase decisória, dispõe o art. 48, 1, *f*, que a Comissão deverá procurar uma solução amistosa do assunto, “fundada no respeito aos direitos reconhecidos nesta Convenção”. Se tal solução for encontrada, a Comissão redigirá um relatório, que será devidamente encaminhado aos Estados-partes e ao peticionário (e também para publicação, ao Secretário-Geral da OEA).

Mas, se a solução amistosa não for alcançada, a Comissão elaborará um relatório no qual exporá os fatos e suas conclusões. O relatório será encaminhado aos Estados interessados. A Comissão pode, ainda, formular as proposições e recomendações que julgar adequadas (art. 50, 3). Neste relatório, a Comissão externará sua conclusão sobre se houve ou não violação de direitos humanos do lado do Estado-parte, que, então, terá o prazo de três meses, a partir da remessa aos Estados interessados, para dar solução ao problema, de acordo com as recomendações formuladas.

Assim, na hipótese mencionada (solução não amistosa), há um prazo de três meses para que o Estado interessado: a) implemente as

recomendações da Comissão; ou b) submeta o assunto à Corte Interamericana de Direitos Humanos; ou c) encontre uma solução junto ao prejudicado.

Se nenhuma dessas alternativas for colocada em prática, a Comissão poderá emitir, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, sua opinião e suas conclusões sobre a questão submetida à sua consideração. Nesse caso, uma vez mais, a Comissão fará as recomendações pertinentes e fixará um prazo para o Estado adotá-las. Por fim, transcorrido esse prazo, decidirá a Comissão, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, se o Estado tomou ou não as medidas adequadas e se publica ou não seu relatório (art. 51).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos

- Trata-se do órgão jurisdicional do sistema regional de proteção dos direitos humanos das Américas. Sua disciplina está nos arts. 52 a 69 do Pacto de São José da Costa Rica.

Como vimos anteriormente, em não sendo alcançada uma solução amistosa, é possível ao Estado interessado ou à Comissão submeter o assunto à Corte – o art. 61 não prevê a legitimação do indivíduo para tanto.

Para que o Estado-parte seja julgado pela Corte, todavia, é necessário que ele tenha declarado que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação do Pacto (art. 62). Em 1998, o Brasil reconheceu a competência jurisdicional da Corte.

Se a Corte reconhecer que houve, de fato, violação de um direito ou liberdade protegido pelo Pacto de São José da Costa Rica, determinará que seja

assegurado ao prejudicado o gozo do referido direito ou liberdade. Além disso, determinará a reparação dos danos causados, com o pagamento da indenização devida. Tal decisão é vinculante e deve ser cumprida imediatamente.

A Corte é dotada de poder de cautela, pois em casos de extrema gravidade e urgência poderá tomar as medidas provisórias necessárias para que se evitem danos irreparáveis às pessoas (art. 63, 2).

Além dessa função contenciosa (julgamento dos casos em que a Comissão não logrou obter uma solução mistosa), a Corte possui também uma função consultiva, prevista no art. 64, segundo o qual os Estados-membros poderão consultá-la sobre a interpretação do Pacto ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Além disso, a Corte poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer uma das leis internas dos Estados-membros e os instrumentos de proteção no âmbito das Américas.

Corte Interamericana de Direitos Humanos - Principais características

- pode ser acionada apenas pelos Estados-partes ou pela Comissão
- jamais por indivíduos, os quais, entretanto, podem ofertar argumentos perante ela;
- suas decisões são vinculantes e devem ser cumpridas imediatamente;
- é dotada de poder de cautela, isto é, pode tomar medidas provisórias em casos de extrema gravidade e urgência, com vistas a evitar danos irreparáveis às pessoas;
- além da função contenciosa, possui também função consultiva, podendo os Estados-partes consultá-la sobre a interpretação do Pacto ou de outros tratados de direitos humanos;
- pode emitir pareceres sobre a compatibilidade da legislação interna do Estado-parte com o Pacto.

O Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos: A Lei de Anistia (Lei n. 6.683/79)

Em 24 de novembro de 2010, a Corte sentenciou o Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) *vs.* Brasil.

Ocorre que, na transição da ditadura para a democracia, foi editada a Lei n. 6.683/79, que concedeu ampla anistia a quem tivesse praticado crimes políticos e crimes a eles conexos no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. Ficaram de fora da anistia apenas os que já haviam sido condenados, à época da publicação da lei, pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal.

A redação do § 1º do art. 1º da citada lei é extremamente ampla, visto que abrange crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política. Abrange, por exemplo, o homicídio, o desaparecimento forçado, o abuso de autoridade, lesões corporais e mesmo o estupro.

Questionando precisamente a abrangência da Lei de Anistia, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ajuizou arguição de descumprimento de preceito federal (ADPF n. 153) perante o STF, alegando que aquele § 1º não teria sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988, pois afrontaria o princípio da dignidade da pessoa humana, o dever do Estado de não ocultar a verdade e os princípios democrático e republicano.

A ADPF, em suma, questionava se a Lei de Anistia abrangeria também os crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, durante o regime militar.

O STF concluiu o julgamento da referida ADPF n. 153 em 29 de abril de 2010, tendo decidido, por maioria, que a Lei n. 6.683/79 é uma lei-medida (*Massnahmegesetze*), isto é, imediata e concreta, consubstanciadora de um ato administrativo especial, de modo que, para ela, impõe-se interpretação condizente com a realidade em que foi editada, e não com qualquer contexto sociocultural posterior. Além disso, o STF decidiu que a Emenda Constitucional n. 26/85 reafirmou a Lei de Anistia, ou seja, referido diploma teve a legitimidade reconhecida pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988 – como consequência, não há, segundo o Supremo, sentido em se questionar se a Lei n. 6.683/79 foi ou não recebida pela Constituição Federal de 1988. Caberia, pois, ao Legislativo qualquer revisão da anistia havida.

Poucos meses depois da decisão do STF, em novembro, veio a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos. O caso em comento – Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) *vs.* Brasil – diz respeito à detenção arbitrária, à tortura e ao desaparecimento forçado de 70 pessoas, entre membros do Partido Comunista do Brasil e camponeses da região na Guerrilha do Araguaia, como resultado de operações do Exército brasileiro empreendidas entre 1972 e 1975, e foi submetido à Corte pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Uma das razões da submissão à Corte foi precisamente o fato de o Estado brasileiro não ter realizado investigações criminais com a finalidade de julgar e punir as pessoas responsáveis pelo desaparecimento das vítimas e, em especial, por não tê-lo feito com arrimo na Lei n. 6.683/79.

Em sua decisão, a Corte assentou que “as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil”.

Mais: a Corte decidiu pela responsabilização do Estado brasileiro pelos desaparecimentos havidos e reconheceu ter ele descumprido a obrigação de adequar seu direito interno à Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Trata-se da primeira condenação do Brasil por crimes contra os direitos humanos levada a efeito por uma Corte Internacional.

Direitos protegidos pela Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)

- Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica (toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica)
- Direito à vida
- Direito à integridade pessoal
- Proibição da escravidão e da servidão
- Direito à liberdade pessoal
- Garantias judiciais
- Princípio da legalidade e da retroatividade
- Direito à indenização
- Proteção da honra e da dignidade
- Liberdade de consciência e de religião
- Liberdade de pensamento e de expressão
- Direito de retificação ou resposta
- Direito de reunião
- Liberdade de associação
- Proteção da família
- Direito ao nome
- Direitos da criança
- Direito à nacionalidade
- Direito à propriedade privada
- Direito de circulação e de residência
- Direitos políticos
- Igualdade perante a lei
- Proteção judicial
- Desenvolvimento progressivo

10.4.2. O PROTOCOLO DE SÃO SALVADOR

Esse protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos define matéria de direitos econômicos, sociais e culturais. Tem o objetivo de adaptar as questões regionais ao aparato jurídico previsto pelo PIDESC. Ficou conhecido como “Protocolo de São Salvador” por ter sido assinado naquela cidade salvadorenha, no dia 17 de novembro de 1988.

No seu art. 1º, o Protocolo de São Salvador determina que os Estados-membros têm a obrigação

de adotar medidas “tanto de ordem interna como por meio da cooperação entre os estados, especialmente econômica e técnica, até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento, a fim de conseguir, progressivamente e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos reconhecidos neste Protocolo”.

O documento estabelece obrigações aos Estados-membros:

- adotar disposições de direito interno para efetivar direitos;
- obrigação de não discriminação;
- limitar restrições e limitações de direitos ao objetivo de preservar o bem-estar geral dentro de uma sociedade democrática;
- garantir o direito ao trabalho, em condições justas, equitativas e satisfatórias de remuneração, ambiente, segurança e higiene;
- direito de organização em sindicatos;
- direito de greve;
- direito à previdência social;
- direito à saúde;
- direito à educação;
- direito a um meio ambiente sadio;
- direito à alimentação;
- direito aos benefícios da cultura;
- direito à constituição e proteção da família;
- proteção à criança, às pessoas idosas e aos deficientes.

O Protocolo de São Salvador é composto de 22 artigos.

Outro protocolo foi aprovado em Assunção, Paraguai, em 8 de junho de 1990, tratando da abolição da pena de morte.

Em 4 de junho de 2003, em Londres, instituições financeiras convocadas pela *International Finance Corporation* consolidaram o que ficou conhecido como “Princípios do Equador”, uma espécie de cartilha que impõe condições de respeito ao socioambiente para fins de obtenção de financiamento.

Em muitos países, inclusive no Brasil, os bancos podem ser penalizados por eventuais danos ambientais provocados por seus clientes. Por isso, a preocupação dos empresários foi definir uma série de exigências mínimas para concessão de crédito e gerenciamento dos riscos ambientais pelos bancos.

Quadro sinótico

ALGUNS DOCUMENTOS QUE COMPÕEM O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura	Assinada em Cartagena das Índias, Colômbia, em 9 de dezembro de 1985.
Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas	Adotada em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994.
Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (“Convenção de Belém do Pará”)	Adotada em Belém do Pará, Brasil, em 9 de junho de 1994.
Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência	Adotada na Cidade da Guatemala, em 7 de junho de 1999.
Carta Democrática Interamericana	Aprovada em sessão plenária, realizada em 11 de setembro de 2001.

Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão	Aprovada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em outubro de 2000.
Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos	Adotada pela Assembleia Geral da OEA, em La Paz, Bolívia, em outubro de 1979.
Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos	Aprovado pela Comissão em novembro de 2009.

**Estatuto da Corte
Interamericana de
Direitos Humanos**

Adotado pela Assembleia Geral da
OEA, em La Paz, Bolívia, em
outubro de 1979.

Títulos já lançados

- Volume 1 — Direito Civil** — Parte Geral
- Volume 2 — Direito Civil** — Direito de Família
- Volume 3 — Direito Civil** — Direito das Coisas
- Volume 4 — Direito Civil** — Direito das Sucessões
- Volume 5 — Direito Civil** — Direito das Obrigações — Parte Geral
- Volume 6, tomo I — Direito Civil** — Direito das Obrigações — Parte Especial
- Volume 6, tomo II — Direito Civil** — Responsabilidade Civil
- Volume 7 — Direito Penal** — Parte Geral
- Volume 8 — Direito Penal** — Dos crimes contra a pessoa
- Volume 9 — Direito Penal** — Dos crimes contra o patrimônio
- Volume 10 — Direito Penal** — Dos crimes contra a dignidade sexual aos crimes contra a administração
- Volume 11 — Processo Civil** — Teoria geral do processo e processo de conhecimento
- Volume 12 — Processo Civil** — Processo de execução e cautelar
- Volume 13 — Processo Civil** — Procedimentos especiais
- Volume 14 — Processo Penal** — Parte Geral
- Volume 15, tomo I — Processo Penal** — Procedimentos, nulidades e recursos
- Volume 15, tomo II — Juizados Especiais Cíveis e Criminais** — estaduais e federais
- Volume 16 — Direito Tributário**
- Volume 17 — Direito Constitucional** — Teoria geral da Constituição e direitos fundamentais

Volume 18 — Direito Constitucional — Da organização do Estado, dos poderes e histórico das Constituições

Volume 19 — Direito Administrativo — Parte I

Volume 20 — Direito Administrativo — Parte II

Volume 21 — Direito Comercial — Direito de empresa e sociedades empresárias

Volume 22 — Direito Comercial — Títulos de crédito e contratos mercantis

Volume 23 — Direito Falimentar

Volume 24 — Legislação Penal Especial — Crimes hediondos — tóxicos — terrorismo — tortura — arma de fogo — contravenções penais — crimes de trânsito

Volume 25 — Direito Previdenciário

Volume 26 — Tutela de Interesses Difusos e Coletivos

Volume 27 — Direito do Trabalho — Teoria geral a segurança e saúde

Volume 28 — Direito do Trabalho — Duração do trabalho a direito de greve

Volume 29 — Direito Eleitoral

Volume 30 — Direitos Humanos

Volume 31 — Processo do Trabalho — Justiça do Trabalho e dissídios trabalhistas

Volume 32 — Processo do Trabalho — Recursos trabalhistas, execução trabalhista e ações cautelares

Volume 33 — Direito Internacional

11 O SISTEMA BRASILEIRO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

11.1. PRECEDENTES

Embora o Brasil tenha aderido prontamente à formação da OEA, em 1952, com o decreto assinado por Getúlio Vargas, foi somente depois do período de redemocratização do país, em 1985, que a nossa participação em organismos e instituições dedicadas aos direitos humanos passou a ser mais efetiva. Isso porque houve um intervalo de 21 anos (1964 a 1985) em que o Brasil esteve governado por um regime militar que não permitia a interferência de entidades internacionais em assuntos internos.

A partir de 1985, o Estado brasileiro adotou a postura de aderir a importantes instrumentos internacionais de direitos humanos, como já vimos.

Contribuiu para a inserção do Brasil na agenda internacional dos debates sobre o tema o fim da chamada Guerra Fria e subsequente transformação geopolítica, especialmente na Europa, com a queda do muro de Berlim e a extinção da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas.

A Constituição Federal de 1988 representou o ápice do processo de inclusão do país no rol dos países envolvidos com a defesa e a proteção dos direitos humanos. Com base em seus mandamentos, entre eles a prevalência dos direitos humanos como princípio orientador das relações internacionais, o Brasil pôde ratificar formalmente vários tratados internacionais de direitos humanos.

Em 2004, a Emenda Constitucional n. 45 acrescentou o § 4º ao art. 5º da Constituição de

1988, nestes termos: “O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”.

A Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas sobre o Estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional, realizada em Roma, em julho de 1998, resultou na adoção do *Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional*. Oficialmente, a ratificação brasileira do Tratado ocorreu em 26 de fevereiro de 2002.

Flávia Piovesan realizou um levantamento dos acordos ratificados pelo Brasil após a promulgação da Constituição de 1988. Reproduzimos aqui a pesquisa da autora, no quadro a seguir.

Quadro sinótico

Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura	20-7-1989
Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes	28-9-1989
Convenção sobre os Direitos da Criança (<i>em cumprimento à convenção, o Brasil promulgou o Estatuto da Criança e do Adolescente</i>)	24-9-1990
Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos	24-1-1992
Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais	24-1-1992
Convenção Americana de Direitos Humanos	25-9-1992
Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher	27-11-1995
Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte (<i>Apesar disso, o Brasil ainda mantém a pena de morte na Constituição, especificamente para crimes cometidos em tempos de guerra: CF, art. 5º, XLVII</i>)	13-8-1996
Protocolo à Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador)	21-8-1996
Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência	15-8-2001

Estatuto de Roma (Criação do Tribunal Penal Internacional)	20- 6- 2002
Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher	28- 6- 2002
Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre o Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados	27- 1- 2004
Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre Venda, Prostituição e Pornografia Infantis	27- 1- 2004
Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes	11- 1- 2007
Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (inclui Protocolo Facultativo)	1º-8- 2008

11.2. DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Na Constituição brasileira, os direitos fundamentais estão previstos no Título II (“Dos Direitos e Garantias Individuais”), que, por sua vez, abrange cinco capítulos:

I – direitos individuais e coletivos: em síntese, estão previstos no art. 5º da Constituição. São as chamadas liberdades negativas, visto que determinam uma abstenção do Estado, típicas de um Estado liberal. Exemplos: vida, liberdade, intimidade, propriedade;

II – direitos sociais: característicos de um Estado Social de Direito, estão previstos nos arts. 6º a 11 da Constituição. São direitos de igualdade, também denominados liberdades positivas, pois implicam, via de regra, um fazer por parte do Estado. Exemplos: educação, saúde, moradia, previdência social;

III – nacionalidade: arts. 12 e 13 da Constituição. De acordo com Alexandre de Moraes, nacionalidade é o vínculo jurídico político que liga um indivíduo a certo e determinado Estado, fazendo deste indivíduo um componente do povo, que é a dimensão pessoal do Estado. No nosso ordenamento, prevalece o critério do *ius soli*: é brasileiro quem nasce em território pátrio;

IV – direitos políticos: previstos no art. 14 da Constituição. São denominados direito de cidadania, pois regulam a participação popular nos desígnos da soberania nacional;

V – partidos políticos: em seu art. 17, a Constituição estabelece a liberdade de criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, desde que resguardados:

- a soberania nacional;
- o regime democrático;
- o pluripartidarismo;
- os direitos fundamentais da pessoa humana.

A existência e a extinção dos partidos políticos devem, ainda, segundo a Constituição, observar os seguintes preceitos:

- caráter nacional;
- proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a eles;
- prestação de contas à Justiça Eleitoral;
- funcionamento parlamentar de acordo com a lei.

Sobre os partidos políticos é também importante observar que:

- a Constituição não determina a obrigatoriedade da fidelidade partidária, apenas estipula que os estatutos dos partidos estabeleçam normas a respeito;

- após a Emenda Constitucional n. 52/2006, a Constituição expressamente afasta a obrigatoriedade da chamada verticalização das coligações. Assim, não há nenhum vínculo entre as candidaturas e as coligações em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal;

- não podem eles se utilizar de organização paramilitar.

11.3. HIPÓTESES DE RESTRIÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Em tempos de crise política, segundo Manoel Gonçalves Filho, são dois os sistemas de restrição aos direitos fundamentais:

- 1) o da lei marcial, vigente na tradição anglo-saxônica, em particular nos Estados Unidos e na Inglaterra;

- 2) o do estado de sítio.

Na verdade, em crises políticas severas, a própria soberania do Estado é colocada em xeque. Daí que medidas mais incisivas sejam necessárias para a manutenção da ordem pública ou da paz social. Entre elas, temos a restrição ou redução – sempre temporária – dos direitos fundamentais, aliada ao enrijecimento do Poder Executivo, chefe das Forças Armadas.

A Constituição Federal prevê, nesse sentido, duas hipóteses de restrição a direitos fundamentais, a que se costuma denominar sistema constitucional das crises, regido pelos princípios da necessidade e da temporariedade:

1) Estado de defesa;

2) Estado de sítio.

Estado de defesa - Trata-se de medida menos severa que o estado de sítio. Diferentemente deste, o estado de defesa prescinde de autorização do Congresso Nacional para ser decretado. Está previsto no art. 136 da CF. Suas características:

- é decretado pelo Presidente da República, após ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional;

- o Congresso Nacional analisa o decreto e sua justificação em vinte e quatro horas e, se não os acatar por maioria absoluta, o estado de defesa cessa imediatamente (veja-se que a atuação do Congresso Nacional é *a posteriori* no estado de defesa);

- o decreto deverá apontar locais restritos e determinados, bem como o tempo de duração da medida;

- pressupostos: grave ou iminente instabilidade institucional ou calamidades de grandes proporções da natureza;

- direitos fundamentais que podem ser restringidos no estado de defesa:

- a) reunião, ainda que exercida no seio das associações;

- b) sigilo de correspondência;

- c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica;

- d) garantia da prisão somente em flagrante delito ou por ordem da autoridade judicial competente;

- prazo máximo: 30 dias, prorrogável apenas uma vez por igual período;

- na sua vigência, o prazo da prisão não poderá exceder 10 dias, salvo se o Judiciário autorizar, sempre vedada a incomunicabilidade do preso.

Estado de sítio - Trata-se de medida consideravelmente mais grave que o estado de defesa, prevista nos arts. 137 e 138 da CF. O decreto do estado de sítio somente é possível com autorização do Congresso Nacional, por sua maioria absoluta. Suas características:

- é decretado pelo Presidente da República, após ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, mediante autorização do Congresso Nacional;

- hipóteses de cabimento:

- a) comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa;

- b) declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira.

- o decreto presidencial deverá conter:

- a) o prazo de duração do estado de sítio;

- b) as normas necessárias à execução da medida;

- c) as garantias constitucionais que ficarão suspensas.

- uma vez publicado o decreto, o Presidente da República designará o executor das medidas específicas e as áreas abrangidas;

- prazo máximo: 30 dias, prorrogável apenas uma vez por igual período; exceção: se a medida tiver lugar por conta de guerra ou agressão estrangeira, poderá ser estendida enquanto durar o conflito ou a agressão;

- no caso de estado de sítio decretado em decorrência de comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa, somente poderão ser tomadas as seguintes medidas:

a) obrigação de permanência em localidade determinada;

b) detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns;

c) restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei;

d) suspensão da liberdade de reunião;

e) busca e apreensão em domicílio;

f) intervenção nas empresas de serviços públicos;

g) requisição de bens.

- no caso de estado de sítio decretado em decorrência de declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira, segundo a Constituição Federal, todos os direitos e garantias fundamentais poderão ser restringidos, devendo, entretanto, haver previsão a respeito no decreto presidencial, após autorização do Congresso.

Controle jurisdicional no sistema constitucional das crises – Prevalece na doutrina e na jurisprudência o entendimento pela possibilidade do controle jurisdicional quanto à legalidade do estado de defesa e do estado de sítio e das medidas adotadas durante sua vigência.

Incabível, todavia, o controle da conveniência e da oportunidade para a decretação das medidas, uma vez que constituem o mérito do ato administrativo presidencial praticado com autorização do

Congresso (estado de sítio) ou mediante sua aprovação *a posteriori* (estado de defesa).

11.4. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

Os direitos fundamentais foram progressivamente reconhecidos como forma de proteção do particular em face do Estado. Todavia, o modelo capitalista de produção trouxe como consequência o fortalecimento de verdadeiros poderes sociais no interior de cada nação. Surgiram, então, grandes corporações capitalistas, cujas estrutura e extensão, muitas vezes, equiparam-se às dos Estados.

Trata-se de instituições particulares cujo poder, por ser assemelhado ao do Estado, tem o condão de produzir os mesmos efeitos a que os direitos fundamentais historicamente se contrapuseram.

A partir dessa constatação, desenvolveu-se, principalmente na doutrina e na jurisprudência alemãs, a partir da segunda metade do século XX, a ideia de que os direitos fundamentais também exercem eficácia vinculante no âmbito das relações jurídicas entre particulares.

Com efeito, os detentores de considerável poder social e econômico podem violar a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais que dela derivam tanto quanto o próprio Estado. Isso pode ser facilmente constatado nas relações de trabalho e de consumo.

11.4.1. TERMINOLOGIAS EXISTENTES NA DOUTRINA

Em sede doutrinária, há quem empregue as expressões “eficácia frente a terceiros”, “eficácia externa”, “eficácia social”, “eficácia privada” ou,

ainda, já com maior frequência, “eficácia horizontal dos direitos fundamentais” para se referir ao fenômeno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

Em regra, as expressões se referem ao mesmo núcleo semântico, com ligeiras diferenças.

Grande parte da doutrina tem optado por empregar “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”, uma vez que “horizontal” indicaria a posição de igualdade entre os particulares participantes da relação, algo completamente distinto da verticalidade típica das hipóteses em que estão envolvidos Estado e particular.

Ocorre, todavia, que mesmo entre particulares tal verticalidade muitas vezes se faz presente – é o caso, por exemplo, em que o particular trava relação com outro detentor de poder social. Em tais situações, portanto, “eficácia horizontal” não retrata bem a realidade – ou a relação – a que se refere. Na generalidade dos casos, entretanto, não é de todo descabido o emprego dessa expressão.

Mais apropriado é se falar em vinculação dos particulares aos direitos fundamentais ou eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Trata-se de eficácia que nem todos os direitos fundamentais possuem. Com efeito, direitos fundamentais há que vinculam apenas os Poderes Públicos, como os direitos de nacionalidade e os direitos políticos.

11.4.2. FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL

A ideia de vinculação dos particulares, nas relações travadas entre si, a direitos fundamentais

resultou de construção doutrinária e jurisprudencial, notadamente na Alemanha.

Não obstante inexistir disposição constitucional expressa a respeito (ao contrário do que podemos observar nas Constituições portuguesa e suíça, por exemplo), já numa primeira análise podemos verificar que diversos direitos fundamentais há no rol constitucional, cuja estrutura indubitavelmente admite a vinculação de relações entre particulares a seus efeitos.

Assim, por exemplo, o direito de resposta, proporcional ao agravo, em caso de dano – material ou moral – à imagem (art. 5º, IV, da CF), bem como a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem (art. 5º, X, da CF) e a inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI, da CF), entre muitos outros.

Além da estrutura do direito eventualmente analisado, a dignidade da pessoa humana constitui o fundamento central para a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

Isso porque, por se tratar de princípio fundamental da República, a proteção da dignidade humana prescinde da qualificação de seu possível transgressor, de modo que se estende tanto ao Estado como a particulares que intentem diminuí-la.

Segue abaixo a sistematização de todos os possíveis fundamentos apontados pela doutrina:

- a estrutura de muitos dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal admite a vinculação de relações entre particulares a seus efeitos;
- a dignidade da pessoa humana constitui fundamento da República e, como tal, deve também

ser protegida das transgressões perpetradas por particulares;

- a Constituição Federal também dispõe que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*), o qual implica uma postura ativa por parte dos órgãos públicos no sentido de efetivamente buscarem a plena realização dos direitos fundamentais constantes do Texto Maior – essa dimensão positiva dos direitos fundamentais abarca também o dever de o Estado impedir que particulares venham a ultrajar direitos fundamentais alheios;

- o art. 5º, § 1º, da CF determina a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, sem fazer nenhuma distinção quanto à natureza da relação sobre a qual a aplicação deve se dar;

- pelo princípio da supremacia da Constituição, esta não constitui apenas parâmetro para aferição de todo o ordenamento jurídico pátrio, como, ademais, normatiza também as relações sociais que lhe serviram de substrato, o que inclui as relações entre particulares.

11.4.3. MODELOS DE APLICABILIDADE

São três os modelos:

- 1) modelo direto: as normas de direitos fundamentais são diretamente aplicáveis às relações jurídicas entre particulares. A maioria da doutrina fala aqui em eficácia direta;

- 2) modelo indireto: as normas de direitos fundamentais exercem apenas uma influência na interpretação das normas de direito infraconstitucional. É o que a doutrina denomina eficácia indireta;

3) não modelo: os direitos fundamentais não surtem quaisquer efeitos nas relações jurídicas entre particulares.

12 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE

12.1. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A luta pelos direitos humanos foi sempre a luta pelo reconhecimento da dignidade da pessoa humana, em suas múltiplas facetas.

Um dos postulados sobre os quais se assenta o direito constitucional contemporâneo é a vinculação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais. Essa vinculação é um dos poucos pontos em que há consenso na matéria – o conteúdo do princípio e seu significado para a ordem jurídica são, todavia, objeto de intensa discussão doutrinária e jurisprudencial.

Do ponto de vista jurídico, a dignidade está erigida como fundamento de nosso Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, da Constituição Federal).

Desenvolvimento histórico do conceito – A dignidade é tema de reflexão desde Aristóteles, na Grécia antiga. No entanto, há que se considerar que na Antiguidade ela era relativa, visto que os escravos (normalmente advindos de povos vencidos) estavam reduzidos à servidão e não eram considerados merecedores de dignidade.

O conceito evoluiu especialmente na Idade Média, com São Tomás de Aquino, principal pensador a dedicar-se ao estudo do tema, embora se ativesse à abordagem teológica.

A ideia de dignidade, de um núcleo imanente a todo ser humano, surge com o pensamento clássico e o cristianismo. Em sua gênese, dignidade estava

ligada ao fato, descrito biblicamente, de ter sido o homem criado à imagem e semelhança de Deus.

No início da Idade Moderna, por volta de 1490, o florentino Pico Della Mirandola escreveu *Oratio hominis dignitate* (Discurso sobre a Dignidade do Homem). Desenvolveu o princípio da dignidade, dando-lhe sentido fora da teologia, tendo sido pioneiro nesse sentido.

Praticamente contemporâneo de Mirandola, o espanhol Francisco de Vitória defendeu em sua obra (a mais conhecida é o livro *Os Índios e o Direito da Guerra*) a existência de dignidade em todos os seres humanos, do que se podia concluir que a escravidão era um crime, diferentemente do que se pensava à época.

Portanto, a laicização da concepção de dignidade da pessoa humana veio apenas com o pensamento jusnaturalista, nos séculos XVII e XVIII. Não havia mais a necessidade de ser cristão: bastava ser humano para ser considerado digno.

No século XVII, no interior do pensamento jusnaturalista, destacou-se o pensador alemão Samuel Pufendorf, responsável pelo grande salto na elaboração teórica do tema. Fundamentando seu pensamento na natureza social do ser humano, Pufendorf afasta a origem divina da dignidade, para passar a apontá-la como a liberdade do ser humano de escolher conforme sua razão e agir de acordo com esse entendimento. Como se vê, a evolução dessa concepção está no vínculo da dignidade não à natureza humana, mas à liberdade moral.

O processo de secularização, entretanto, completou-se apenas com Immanuel Kant, que viu na autonomia ética do ser humano o fundamento de sua dignidade. Por ser racional, sustenta Kant, o ser

humano é capaz de conceber para si suas próprias leis, e segui-las conforme lhe convier. Dignidade é, então, ter autonomia, o que só pode ser proporcionado pela razão.

Se é a autonomia que dignifica o homem, por óbvio ele jamais pode ser tido como meio para algo. Todo homem é um fim em si. Eis a conhecida máxima por meio da qual Kant sintetiza sua concepção de dignidade, e que nos dias atuais é adotada, expressa ou veladamente, pela grande maioria dos autores: fórmula da vedação do homem-meio.

Esta fórmula não possui apenas uma dimensão negativa, no sentido de que não pode o homem prejudicar seu semelhante, mas, também, uma positiva, significando que deve cada ser humano proceder de forma a favorecer a felicidade alheia.

Os abusos cometidos pelos regimes totalitários na Segunda Guerra Mundial erigiram a dignidade da pessoa humana como princípio central na maior parte dos sistemas jurídicos dos países ocidentais. Firmou-se, assim, um dos grandes consensos éticos do mundo ocidental.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, oriunda da Revolução Francesa, já consagrava o princípio, como também o fez a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948. Foi, todavia, apenas com a Lei Fundamental Alemã, de 1949, que a dignidade da pessoa humana, como princípio, restou consagrada em uma Constituição. Começava ali sua presença no constitucionalismo contemporâneo.

Em nossa Constituição Federal de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana é tido

como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III). Também ao tratar dos princípios gerais da atividade econômica (art. 170), o texto constitucional veicula esse valor, ao estabelecer expressamente como uma das finalidades da ordem econômica assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

12.2. CONCEPÇÕES SOBRE A DIGNIDADE

O conceito de dignidade da pessoa humana é eminentemente cultural, daí as variações observadas ao longo da história.

Dignidade vem do latim *dignitas*, que significa honra, virtude. A dignidade da pessoa humana está fundada no conjunto de direitos inerentes à personalidade da pessoa (liberdade e igualdade) e também no conjunto de direitos estabelecidos para a coletividade (sociais, econômicos e culturais). Por isso mesmo, a dignidade da pessoa não admite discriminação, seja de nascimento, sexo, idade, opiniões ou crenças, classe social e outras.

A dignidade é um valor em si mesmo. E é dever do Estado garantir as condições mínimas de existência propiciando aos indivíduos uma vida digna.

Miguel Reale, no livro *Filosofia do Direito*, aponta a existência, ao longo da história, de três concepções da dignidade da pessoa humana.

A primeira delas é o individualismo, em que cada indivíduo, ao cuidar de seus interesses pessoais, acaba indiretamente por realizar os interesses de toda a coletividade. Essa concepção dos direitos fundamentais, considerada primária, baseia-se nos ideais do liberalismo, buscando preservar o cidadão da interferência do Estado. O valor fundamental do homem é a liberdade.

A segunda concepção é chamada transpersonalismo, em que ocorre exatamente o inverso do individualismo. De acordo com ela, a dignidade da pessoa humana concretiza-se no coletivo: quando o indivíduo trabalha para realizar o bem coletivo, acaba protegendo e salvaguardando os interesses individuais. Essa concepção dos direitos fundamentais tem por base os ideais do socialismo. O valor fundamental do homem é a igualdade.

A terceira concepção, chamada personalismo, procura a harmonia entre valores individuais e valores coletivos. O homem é considerado como se fosse dois entes distintos, indivíduo ou cidadão. Com isso, a análise sobre o que deve ser mais importante, no caso da aplicação do Direito, terá que ser feita caso a caso, de acordo com as circunstâncias. Mas sempre tendo por base um princípio.

Outras posições doutrinárias - Ricardo Maurício Freire Soares, numa perspectiva neoconstitucionalista, aponta três principais elementos a constituir o núcleo semântico da expressão *dignidade da pessoa humana*: a) a preservação da igualdade; b) o impedimento à degradação e coisificação da pessoa; c) a garantia de um patamar material para a subsistência do ser humano.

Na primeira aceção, dignidade é entendida como tratamento isonômico de todos os seres humanos - não pode haver distinções injustificadas entre seres humanos em um mesmo contexto. O imperativo se estende tanto ao legislador, ao produzir o direito positivo (igualdade na ordem jurídica), como a quem aplica a norma (igualdade perante a ordem jurídica). Ainda nesse sentido, tem-se que a dignidade abrange toda a humanidade, devendo ser respeitado

o ser humano independentemente de sua nacionalidade.

Esse princípio da isonomia - como se vê, decorrência direta da dignidade da pessoa humana - é autoaplicável, e, portanto, não suscetível de regulamentação ou complementação normativa. De qualquer forma, vedam-se distinções arbitrárias.

Nessa primeira dimensão, a dignidade da pessoa humana não é mais que a própria igualdade entre todos os seres humanos. Corporificando o princípio da igualdade, a dignidade veda tratamentos arbitrários entre seres humanos que estejam nas mesmas condições.

De acordo com a segunda acepção, não pode o homem ser tido como coisa, como objeto no tratamento dispensado pelos órgãos do Poder Público ou mesmo por particulares que detenham maior poder econômico.

A dignidade da pessoa humana impede que o homem seja reduzido a um meio para algo - ele deve ser respeitado pelo que é. Ricardo Maurício Freire Soares aponta como decorrências desse sentido semântico a necessidade de assegurar as prerrogativas do direito penal, a limitação da autonomia da vontade e a inviolabilidade dos direitos da personalidade.

Quanto a esse segundo sentido, que a dignidade consubstancia-se na proteção, na maior medida possível, da liberdade pessoal de cada um, a dignidade aqui constitui fundamento das normas defensivas, impeditivas da atuação do Estado e de terceiros, e implica resguardar o âmbito de autonomia de cada ser humano. Em outras palavras, não há dignidade sem liberdade.

Tratando do terceiro sentido da expressão, temos a dignidade como garantia de um patamar material para a subsistência do ser humano: são as condições mínimas para que uma personalidade se desenvolva regularmente.

Quanto a este aspecto, dignidade também implica direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Temos aqui a proteção à privacidade, intimidade, honra, imagem e ao próprio nome.

Em suma, a dignidade da pessoa humana significa, por um lado, a garantia da autodeterminação, estendida a todos os homens, sem distinção. Nessa perspectiva, consubstancia-se na aplicação do princípio da igualdade. Por outro lado, implica um complexo de direitos e deveres atribuídos ao indivíduo, ao Estado e a terceiros, relacionado com a vedação da submissão a tratamentos degradantes e com a obrigatoriedade de implementação, por parte do Estado, de condições que permitam o pleno desenvolvimento das capacidades humanas, dos pontos de vista individual e coletivo, observadas as peculiaridades de cada sociedade.

Parâmetros para a delimitação do conceito - A amplitude da polissemia da expressão “dignidade da pessoa humana” impede que se atribua a ela um conceito fixo, ainda que aberto. Há, contudo, um núcleo mínimo de sentido para a dignidade da pessoa humana.

Por primeiro, como já presente no pensamento clássico, a dignidade é algo ínsito a todo ser humano. Advêm daí as características da irrenunciabilidade e da inalienabilidade, bem como a garantia de que o legislador ou o aplicador da norma não poderão, por qualquer modo, limitá-la ou reduzi-

la. Tal ideia está expressamente consagrada pelo art. 1º da Declaração Universal da ONU (1948).

Em segundo lugar, dignidade relaciona-se diretamente ao atributo, exclusivamente humano, de poder escolher, de ter autonomia para fazê-lo, e de determinar sua conduta com base em tais regras escolhidas. Portanto, surge como relevante a ideia de proteção da autonomia de cada ser humano, considerada, nesse aspecto, como capacidade de autodeterminação.

Em terceiro lugar, a dignidade da pessoa humana não é um dado da experiência, e tampouco objeto racionalmente apreensível de modo imediato. É, sim, uma construção intelectual a ser efetivada diante do caso concreto, observadas as características históricas e culturais de cada povo. A atuação do Poder Judiciário, nesse sentido, ganha relevo.

A contribuição kantiana da vedação do homem-objeto é central em tal construção. Significa que o homem, em si mesmo considerado, não pode ser reduzido a um meio para algo. Sua existência não pode ser relativizada diante de fim algum.

Dignidade é, portanto, condição, qualidade que veda a submissão do homem a tratamentos degradantes e a situações em que inexistam ou sejam escassas as condições materiais mínimas para sua subsistência.

12.3. MODALIDADES DE EFICÁCIA

Ricardo Maurício Freire Soares (*O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*, 2010) aponta quatro modalidades de eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana: positiva, negativa, vedativa do retrocesso e hermenêutica.

Eficácia positiva - A eficácia ou dimensão positiva aponta para a obrigação do Estado de concretizar a dignidade da pessoa humana ao elaborar e implementar políticas públicas e normas jurídicas. Diz respeito, então, a exigibilidade dessa postura do Estado por parte do cidadão, que poderá intentar a competente ação judicial para colocá-la em prática. Portanto, a eficácia positiva diz respeito ao direito subjetivo de ter a dignidade assegurada ou levada a efeito pelo Poder Público.

Decorre dessa eficácia positiva o afastamento da ideia de que as normas constitucionais consagradoras de direitos sociais seriam meramente programáticas. Em verdade, no bojo do neoconstitucionalismo, tais normas são dotadas de juridicidade e, portanto, de plena exigibilidade, conferindo verdadeiros direitos subjetivos aos particulares. Sustentar o contrário é afirmar a ineficácia da Constituição.

Nesse campo, discute-se normalmente o conceito de reserva do possível, argumento sempre utilizado pelo Estado para não implementação cabal de medidas promovedoras ou protetivas da dignidade da pessoa humana. A contingência orçamentária é frequentemente apontada como argumento legitimador para a omissão estatal.

Eficácia negativa - A eficácia negativa se relaciona com a prerrogativa de o cidadão questionar normas infraconstitucionais que repute serem violadoras da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, a dignidade é tida como um freio, uma garantia, uma barreira a proteger o cidadão.

Eficácia vedativa do retrocesso - Deriva da negativa, tratada acima. Dela decorre a proibição da supressão de normas que assegurem a dignidade da

pessoa humana. Estabelece, pois, uma limitação material à atuação do legislador.

Fala-se aqui em princípio da proibição do retrocesso, de observância obrigatória principalmente por parte do Legislador, que se, mesmo excepcionalmente, editar normas restritivas de direitos fundamentais, deverá também criar outras tantas que assegurem mecanismos de compensação, para, no balanço final, não haver restrição ao exercício e à proteção daqueles direitos. Protege-se, assim, o “núcleo essencial” dos direitos fundamentais, que, segundo alguns, seria constituído pela dignidade da pessoa humana. Tal núcleo não poderia jamais ser afastado.

Eficácia hermenêutica - O princípio da dignidade da pessoa humana deve embasar toda e qualquer interpretação das normas jurídicas: o intérprete ou aplicador da norma deve escolher o sentido que em maior medida contemple ou promova dita dignidade. Essa eficácia coloca o princípio como norte axiológico e teleológico do ordenamento jurídico.

12.4. NATUREZA JURÍDICA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: PRINCÍPIO, NA ACEPÇÃO DE ROBERT ALEXY

A dignidade da pessoa humana constitui um dos fundamentos de nosso Estado Democrático de Direito (art. 1º, III), e também de nossa ordem econômica (art. 170, *caput*), além de figurar como um dos direitos expressamente assegurados às crianças (art. 227, *caput*) e aos idosos (art. 230, *caput*).

Topologicamente, figura logo no primeiro título da Constituição, entre os princípios ditos fundamentais. Apesar dessa localização, diversos autores discutem a natureza da norma que a consagra (art. 1º, III), bem como a extensão de sua eficácia.

Ser erigida à condição de princípio fundamental foi algo inédito em nosso constitucionalismo e demonstrou clara reação ao regime então vigente. Significa que a dignidade da pessoa humana constitui valor a embasar todo o ordenamento jurídico pátrio, notadamente no campo da hermenêutica das normas infraconstitucionais.

Em suma, a dignidade da pessoa humana é um princípio.

Parte considerável da doutrina acolheu a distinção entre princípios e regras – ambas espécies do gênero norma jurídica – proposta por Robert Alexy, renomado autor alemão.

A teoria do referido autor filia-se à corrente denominada tese forte, segundo a qual há uma diferença estrutural entre regras e princípios, e não apenas uma diferença de abstração ou generalidade, como quer a tese fraca. Regras impõem um dever-ser que é completamente distinto do dever-ser imposto pelos princípios.

Segundo Robert Alexy, as regras seguem um código binário. O dever-ser das regras é um dever-ser definitivo (absoluto, ou não sopesável), ou seja, não é possível, no caso concreto, relativizar a aplicação da norma. Sendo o caso de aplicação, não se pode relativizar as circunstâncias do caso concreto para deixar de fazê-lo. Em suma, a regra é um mandamento definitivo e sua forma característica de aplicação é a subsunção.

A estrutura dos princípios não segue esse raciocínio. Isso porque os bens ou prerrogativas que um princípio garante podem talvez não ser garantidos de verdade. Princípios seguem, então, uma lógica diferente.

Enquanto regras são dever-ser definitivo, princípios são dever-ser *prima facie* (à primeira vista), isto é, que não é definitivo. Isso significa que se pode fazer algo que até se perfila àquilo que seria liberdade de expressão, mas que não será assegurado por tal princípio, isto é, à primeira vista estar-se-ia assegurado quanto àquilo, mas não de fato.

O dever-ser do princípio é *prima facie* porque há de ser analisado em face de outros princípios, e não porque possa não vir a ser assegurado tão somente.

Em suma, para a tese forte, regras são aplicadas por meio da subsunção – forma de aplicação segundo a norma jurídica prevê determinada consequência jurídica para dado fato ou ato; se esse fato ou ato acontece na realidade, dá-se a subsunção (verificação do ajuste do fato à norma) e a regra pertinente deve ser aplicada. (a subsunção é um raciocínio silogístico, mas nem todo sigolismo é uma subsunção).

Já os princípios são aplicados por sopesamento, não por subsunção.

Princípios, de acordo com Alexy, seriam mandados de otimização, isto é, “normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes”.

Nossa Constituição Federal de 1988 erige a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito em que vivemos (art. 1º, III), ou seja, nos termos do

acima expendido, como algo a ser realizado na maior medida possível, em cada situação concreta, considerados os demais princípios e as peculiaridades fáticas.

Ser um princípio fundamental significa que todos os direitos fundamentais decorrem direta e imediatamente da dignidade da pessoa humana? Há acirrada discussão a respeito, pois o rol de direitos fundamentais em nossa Constituição é por demais extenso e, é preciso reconhecer, o texto constitucional desce a minúcias, tornando duvidosa aquela vinculação direta.

Em conclusão, na qualidade de princípio, a dignidade da pessoa humana deve ser realizada, em cada situação concreta, o máximo possível, em todas as suas acepções (preservação da igualdade, impedimento à degradação e coisificação da pessoa, garantia de um patamar material para a subsistência do ser humano), ou naquela que for pertinente à hipótese considerada.

Quadro sinótico

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA		PENSADORES E FILÓSOFOS
Grécia Antiga	Todo homem tem dignidade (mas a servidão é aceita, porque os escravos vinham de povos bárbaros vencidos em batalhas).	Aristóteles
Idade Média	A dignidade é virtude oferecida por Deus. Todo homem é filho de Deus e portanto é digno.	São Tomás de Aquino
Idade Moderna	<p>O princípio da dignidade ganha sentido fora da teologia.</p> <p>Todos os seres humanos têm dignidade, portanto a escravidão é um crime.</p>	<p>Pico Della Mirandola foi o pioneiro, ao escrever <i>Oratio hominis dignitate</i> (Discurso sobre a Dignidade do Homem).</p> <p>Francisco de Vitória defendeu a ideia em sua obra <i>Os Índios e o Direito da Guerra</i></p>
Século XVII	Os reis deviam admitir que mesmo seus súditos mais humildes tinham o direito de agir conforme a sua razão e o seu entendimento.	Samuel Pufendorf
Século XVIII	Imperativo categórico: “o homem é um fim em si mesmo e por isso não pode ser tratado como objeto nem usado como meio de obtenção de qualquer objetivo, como a servidão”.	Immanuel Kant, principalmente no livro <i>Crítica da Razão Pura</i>

Século XX	Segunda Guerra Mundial	padece os horrores do nazismo e promove a Convenção de Genebra.
Século XX, no Brasil	Art. 1º, III, reconhece o princípio da dignidade da pessoa humana como um princípio fundamental da República Federativa do Brasil.	Nota: Constituição Federal de 1988
Diferenças	Direitos humanos: expressão usada para denominar direitos não expressos nas Constituições.	Nota: Direitos fundamentais: expressão usada para denominar direitos positivados nas Constituições.