

RAFAEL BARRETTO

# DIREITOS HUMANOS

9.<sup>a</sup> edição  
revista, ampliada e atualizada

2019

 EDITORA  
*Jus*PODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

coleção  
**SINOPSES**  
para **CONCURSOS**

Coordenação  
Leonardo Garcia

39

# Teoria geral dos direitos humanos

## 1. O QUE SÃO DIREITOS HUMANOS. DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

É possível definir *direitos humanos* como **conjunto de direitos que materializam a dignidade humana**; direitos básicos, imprescindíveis para a concretização da dignidade humana.

Ocorre que essa definição também pode ser aplicada à expressão “*direitos fundamentais*”, que igualmente são direitos imprescindíveis para materialização da dignidade humana, daí cabendo perquirir se haveria alguma diferença entre *direitos fundamentais* e *direitos humanos*.

Pode-se dizer que, ontologicamente, inexistente diferença, pois ambos designam, em suas essências, direitos que materializam a dignidade da pessoa humana.

Entretanto, é possível indicar uma diferenciação quanto ao *plano de positivação*.

A expressão “*direitos fundamentais*” é utilizada para referir-se aos direitos positivados na *ordem jurídica interna do Estado*, enquanto a expressão “*direitos humanos*” costuma ser adotada para identificar os direitos positivados na *ordem internacional*.

Ilustrativamente, veja-se que a Constituição brasileira, ao mencionar os direitos nela positivados, se refere aos “*Direitos e Garantias Fundamentais*” (Título II da Constituição) e, de outro modo, ao se referir aos direitos previstos em tratados internacionais utiliza a expressão “*direitos humanos*” (CF, art. 5º, § 3º).

### ► Importante:

A diferença entre os *direitos humanos* e os *direitos fundamentais* reside no plano de positivação, sendo os direitos humanos positivados em documentos internacionais e os direitos fundamentais positivados na ordem jurídica interna de cada Estado.

► **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

A prova do Ministério Público de Santa Catarina 2016 trouxe a seguinte proposição:

*Conceitualmente, os direitos humanos são os direitos protegidos pela ordem internacional contra as violações e arbitrariedades que um Estado possa cometer às pessoas sujeitas à sua jurisdição. Por sua vez, os direitos fundamentais são afetos à proteção interna dos direitos dos cidadãos, os quais encontram-se positivados nos textos constitucionais contemporâneos.*

Está correto!

Já a prova de Juiz Militar de São Paulo 2016 trouxe a seguinte proposição:

*A doutrina é unânime em reconhecer que a expressão direitos humanos é sinônima da expressão direitos fundamentais, inexistindo distinção entre os termos.*

Está errado!

Vista a distinção entre as expressões, é possível questionar **se existe direito humano que não seja direito fundamental e vice-versa**.

A resposta a esse questionamento é “sim”, pois existe a possibilidade de haver um direito reconhecido num tratado internacional que não esteja previsto na ordem jurídica interna do Estado, ou o inverso.

É o caso, por exemplo, do direito do preso de ser submetido à presença física do juiz após o ato de prisão, direito previsto nas convenções internacionais, mas não previsto na constituição brasileira, que consagra o direito do preso de ter a prisão comunicada ao juiz, não lhe assegurando o direito de ser conduzido à presença física do juiz, e que gerou, aqui no Brasil, o surgimento da **audiência de custódia**, tema que abordaremos de maneira detalhada mais adiante aqui na obra, quando abordarmos o relacionamento entre os sistemas protetivos de direitos humanos e o *princípio* da aplicação da norma mais benéfica.

De todo modo, é importante destacar que a existência de um direito humano que não seja direito fundamental, ou o inverso, é uma situação pontual, pois, em linhas gerais, a quase totalidade dos direitos reconhecidos em tratados internacionais também encontram positivação nas constituições e leis nacionais.

Em exemplo, a liberdade de expressão está positivada na constituição brasileira, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, sendo, portanto, um direito humano e um direito fundamental.

**► Importante:**

é possível haver direito humano que não seja direito fundamental e haver direito fundamental que não seja direito humano, mas, na maioria das vezes, existe coincidência, pois muitos dos direitos consagrados nas constituições encontram posituação, outrossim, nos tratados internacionais.

**2. CENTRALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS. POR QUE DIREITOS HUMANOS SÃO TÃO IMPORTANTES?**

Os direitos humanos constituem ponto central nos Estados Constitucionais, sendo inerentes à ideia de Estado Democrático de Direito, e a razão disso é simples.

Um Estado no qual as pessoas não tenham liberdades básicas reconhecidas é um Estado arbitrário e, como bem demonstra a História, onde há arbitrariedade estatal, não há vida harmônica em sociedade, mas temor, perseguição e desrespeito ao ser humano.

*Paz social somente é possível em Estados cuja ordem jurídica limite o poder e proclame direitos humanos, permitindo às pessoas o pleno desenvolvimento da dignidade e a busca da felicidade, e, justamente por isso, os Estados Democráticos proclamam a dignidade humana e afirmam direitos fundamentais.*

Nessa esteira, o Estado Brasileiro, proclamado Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, *caput*) adota a dignidade humana como um dos seus fundamentos, como se verifica logo no primeiro artigo da Constituição (art. 1º, III/CF), o que sinaliza o compromisso do Estado com a afirmação dos direitos humanos.

**3. FUNDAMENTOS DOS DIREITOS HUMANOS**

A definição de uma fundamentação para os direitos humanos busca identificar qual seria a razão de ser desses direitos, a base filosófica de validade deles.

Em linhas gerais, busca-se responder ao seguinte questionamento: por que esses direitos devem ser validados e respeitados? Qual o amparo filosófico que os legitima?

A resposta a esse questionamento é objeto de variadas teses doutrinárias, que, em linhas gerais, alinham-se em três perspectivas: fundamentação *religiosa*, *positivista* e *jusnaturalista*.

Sob uma *fundamentação religiosa*, o respeito aos direitos humanos decorre de um mandamento divino e nesse ponto vale recordar que, até a Idade Moderna, a justificativa ética que servia de fundamento ao próprio Direito repousava na divindade (*teorias do direito divino*) e, nessa esteira, a fundamentação dos direitos humanos igualmente repousaria em um mandamento de Deus.

Sob uma *fundamentação positivista*, a validade dos direitos humanos decorreria do seu reconhecimento enquanto normas de Direito Positivo, isto é, de direito posto, positivado, validamente posto pelo Estado como normas vigentes.

Já sob uma *fundamentação jusnaturalista*, os direitos humanos extrairiam validade de uma ordem natural própria das coisas, de um Direito natural, de base moral, que antecede ao próprio direito positivo.

É possível afirmar que, no curso da História, todas essas teses já foram adotadas e todas tiveram sua importância no processo de afirmação dos direitos humanos, mas cabe destacar que, inegavelmente os direitos humanos possuem uma fundamentação filosófica próxima do Direito Natural.

Isso porque a ideia de que todo ser humano tem “direito a ter direitos”, tem direito a ter liberdades básicas, que materializem sua dignidade humana, é uma ideia básica, inerente à ordem natural das coisas.

► **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

A prova de Defensor Público de Goiás 2014 trouxe essa proposição: “o reconhecimento dos direitos humanos teve como um dos seus fundamentos filosóficos o movimento denominado *“jusnaturalismo”*”. Está correto.

#### 4. INSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A institucionalização dos direitos humanos consiste no reconhecimento desses direitos como direitos positivados, institucionalizados pelo Estado, reconhecidos no ordenamento jurídico do Estado como autênticos direitos positivos, e, não, apenas como pretensões de ordem moral, de cunho naturalista filosófico.

A institucionalização dos direitos humanos decorre de um verdadeiro processo, no qual pretensões humanas inicialmente tidas como meras reivindicações de ordem moral passam a ter seu reconhecimento pelo Estado como direitos positivos, positivados.

Pode-se afirmar que muitos dos direitos humanos hoje reconhecidos começaram no processo histórico como meras pretensões de ordem moral das pessoas e foi preciso uma longa caminhada até que houvesse o reconhecimento enquanto direito positivo, isto é, até que ocorresse a positivação.

Veja-se o exemplo do direito à liberdade: durante longo período da História adotou-se a prática da escravidão em relação a milhares de pessoas, cujo reconhecimento da liberdade não passava, à essa época, de mera pretensão de ordem moral.

#### 5. QUAIS SÃO OS DIREITOS HUMANOS. TIPOS DE DIREITOS

A relação de direitos humanos é ampla, pois vários são os direitos que materializam a dignidade humana, como vida, liberdade, igualdade, saúde, educação, acesso à cultura, proteção ao ambiente e tantos outros.

Didaticamente, pode-se agrupar os diversos direitos da seguinte maneira:

- Direitos civis
- Direitos políticos
- Direitos sociais
- Direitos econômicos
- Direitos culturais
- Direitos difusos

Direitos civis são os direitos relacionados às liberdades civis básicas do cidadão, como, por exemplo, o direito à liberdade de expressão.

Direitos políticos são direitos de participação política, direitos de participação na vida do Estado, como o direito de sufrágio.

Direitos sociais são direitos relacionados com a intervenção do Estado no plano social, como saúde e educação.

Direitos econômico são direitos relacionados com a relação capital-trabalho, como os direitos do trabalhador.

Direitos culturais são os direitos relacionados às práticas culturais, como o direito e livre manifestação cultural.

Direitos difusos são direitos de titularidade difusa, atinentes à humanidade como um todo, como o direito ao meio ambiente.

#### ► Como esse assunto foi cobrado em concurso?

A prova de Defensor Público de Pernambuco 2018 trouxe essa proposição: *“Os direitos civis referem-se à possibilidade de participação do indivíduo no processo eleitoral de sua sociedade.”*. Está errado, pois essa definição se refere a direitos políticos.

A mesma prova trouxe ainda a seguinte proposição: *“A participação do cidadão no governo é característica dos direitos políticos e o seu exercício consiste na capacidade de fazer demonstrações políticas, de organizar partidos, de votar e de ser votado.”*. Está correto.

Como será visto adiante, esses “tipos” de direitos estão agrupados em gerações: os civis e políticos integram a primeira geração; os sociais, econômicos e culturais a segunda geração; e os difusos a terceira geração. Como dito, falaremos sobre isso adiante.

## 6. DIREITOS E GARANTIAS. TIPOS DE GARANTIAS

Direitos e garantias podem ser diferenciados, pois *direitos* representa bem em si, atrelados ao valor nele existente, enquanto que *garantias* representam bens de

caráter instrumental, bens que estão atrelados a outro valor, visando protegê-los, se podendo dizer que *as garantias são instrumentos de proteção de direitos*.

► **Importante:**

*Direitos* são bens em si mesmo; *garantias* são bens de caráter instrumental. A liberdade de locomoção é um direito e o habeas corpus é uma garantia desse direito.

Em exemplo, a liberdade de locomoção é um bem em si, constituindo, pois, um direito, ao passo que o habeas corpus é um instrumento de proteção desse direito, sendo, portanto, uma garantia da liberdade de locomoção.

Para identificar se determinado bem consagrado na Constituição é um direito ou uma garantia basta perscrutar se é um bem em si ou se é um instrumento de proteção de outro bem; se for um bem em si é direito, se for instrumento de proteção de outro bem é garantia.

A inviolabilidade de domicílio, por exemplo, é uma garantia, pois o que se protege não é a casa das pessoas, mas a privacidade delas; é dizer, visando proteger o direito à privacidade das pessoas, a norma constitucional (art. 5º, XI/CF) torna o domicílio inviolável.

Bem por isso, o STF entende que a noção de domicílio extraída do art. 5º, XI/CF abrange qualquer unidade de habitação na qual a pessoa esteja reservadamente, ainda que se trate de habitação temporária ou coletiva, como hotéis e pensionatos, e, também, o local onde a pessoa exerce, reservadamente, sua atividade profissional, eis que, em todas essas situações, a pessoa se encontra em sua privacidade.

As garantias podem ser subdivididas, doutrinariamente, em **garantias da constituição**, **garantias institucionais** e **garantias de direitos subjetivos**.

As *garantias da constituição* são instrumentos de defesa da constituição e da ordem constitucional, que visam preservar a supremacia da constituição e a normalidade constitucional, podendo ser citadas como exemplo a rigidez constitucional, a jurisdição constitucional e os mecanismos de legalidade extraordinária (estados de defesa e sítio).

As *garantias institucionais* constituem instrumentos de proteção de Instituições, que visam assegurar o livre funcionamento de Instituições, a exemplo da autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário, da imunidade processual penal do Presidente da República e das imunidades parlamentares.

As *garantias de direitos subjetivos* são instrumentos de proteção de direitos subjetivos, que visam torna-los concretamente efetivos, cabendo destacar que o reconhecimento de direitos poderia se tornar inócuo se não houvessem mecanismos aptos a protegê-los de situações arbitrárias.

Algumas das garantias de direitos subjetivos possuem *feição típica de ação processual* e, bem por isso, são conhecidas como *ações constitucionais*. São o habeas corpus, o habeas data, o mandado de segurança, o mandado de injunção e a ação popular.

O habeas corpus é uma garantia do direito à liberdade de locomoção; o habeas data, do direito à liberdade de informação de caráter pessoal; o mandado de segurança, de direitos em geral; o mandado de injunção, de direitos inviabilizados por falta de regulamentação; a ação popular, do direito de proteção ao patrimônio público.

## 7. CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS HUMANOS

Os direitos possuem características diferentes, mas se costuma indicar, no plano de uma teoria geral, características que seriam inerentes aos direitos humanos como um todo.

Essas características gerais são:

- *Historicidade;*
- *Universalidade;*
- *Relatividade;*
- *Irrenunciabilidade;*
- *Inalienabilidade;*
- *Imprescritibilidade;*
- *Unidade, indivisibilidade e interdependência.*

### ► Como esse assunto foi cobrado em concurso?

A prova do Ministério Público do Acre de 2008 trouxe a seguinte proposição: “São características dos direitos humanos a universalidade, a historicidade e a indivisibilidade”. Está correto!

Vejamos em seguida cada uma dessas características.

### 7.1. Historicidade. A expansão dos direitos humanos. A proibição de retrocesso

A historicidade é, já dizia Bobbio, na clássica obra “*A Era dos Direitos*”, talvez a mais marcante característica dos direitos humanos.

Ela significa que os **direitos humanos são frutos do processo histórico**; resultam de uma longa caminhada histórica, marcada muitas vezes por lutas, sofrimento e violação da dignidade humana.

Os direitos humanos que hoje estão reconhecidos não surgiram “do nada”, a partir de uma concessão de algum governante ou de um ser divino, senão que



resultaram de lutas da humanidade no processo histórico, muitas vezes indo de encontro justamente à vontade dos governantes.

Essa característica denota ainda que os direitos humanos não surgiram todos ao mesmo tempo, mas, sim, gradativamente, em diferentes momentos históricos. Em outras palavras, em cada momento da História, determinados direitos foram reconhecidos.

► **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

A prova da Defensoria Pública do Piauí de 2009 trouxe a seguinte proposição: *“Os direitos fundamentais surgem todos de uma vez, não se originam de processo histórico paulatino”*. Evidente que a proposição está errada!

Direitos foram reconhecidos no momento histórico no qual surgiram condições para que passassem a ser reconhecidos, é dizer, no momento em que se tornou possível que determinada aspiração social deixasse de ser uma mera aspiração e passasse a ser reconhecida como um direito.

Ilustrando, o direito ao ambiente não foi reconhecido no século XVIII, juntamente com os direitos liberais, mas apenas no século XX, e isso porque as condições sociais para o reconhecimento desse direito só surgiram no século XX; no século XVIII proteção ao ambiente não integrava a pauta de reivindicações sociais.

► **Importante:**

Os direitos humanos não surgiram todos ao mesmo tempo; surgiram gradativamente ao longo dos anos, é dizer, em cada período da História determinados direitos foram sendo institucionalizados.

A compreensão de que os direitos humanos são direitos históricos refuta **a tese de que seriam direitos naturais**, decorrentes da própria natureza das coisas, de uma autoridade moral superior, como já se chegou a defender no período das revoluções liberais.

► **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

A prova do Ministério Público do Acre 2008 trouxe a seguinte proposição: *“São características dos direitos humanos serem direitos naturais, emanados de autoridade superior”*. Está errado!

O que é natural é atemporal, a-histórico, sempre existiu, “sempre esteve lá”, como acontece com os eventos e forças da natureza, mas não é isso que ocorre com os direitos humanos, que não “estiveram sempre lá”, senão que foram sendo reconhecidos gradativamente ao passar dos anos, com muita luta da Humanidade.

Deve ser recordado que, no curso da História, pessoas foram torturadas, escravizadas, mulheres não puderam votar etc. e somente com muita luta e com

o passar dos anos tais condutas, e outras tantas, foram abolidas, de modo que as pretensões de respeito ao ser humano foram sendo convertidas em direitos, não naturais, mas, sim, positivos, positivados, conquistados.

► **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

A prova do Ministério Público do Acre de 2008 trouxe a seguinte proposição: *“São características dos direitos humanos sua atemporalidade em relação à historicidade de cada nação”*. Está errado!

De todo modo, é de reconhecer que a concepção de direitos humanos como direitos naturais, apesar de equivocada, teve importância histórica, pois serviu de base filosófica para as revoluções liberais, que levaram à queda do absolutismo, representando, talvez, o primeiro passo na caminhada da afirmação dos direitos humanos.

Aspecto importante da historicidade dos direitos humanos é que ela é **expansiva**, o que significa dizer que a caminhada histórica é sempre no sentido de reconhecer novos direitos e ampliar a proteção à pessoa, não se admitindo suprimir direitos já reconhecidos na ordem jurídica, pois isso configuraria um retrocesso.

A compreensão de que não seria possível suprimir direitos, sob pena de retroceder, é objeto da tese da **PROIBIÇÃO DE RETROCESSO**, também identificada na doutrina como **PROIBIÇÃO DE EVOLUÇÃO REACIONÁRIA** e **EFEITO CLIQUET**, segundo a qual suprimir direitos já incorporados ao patrimônio jurídico da Humanidade corresponderia a um retrocesso na afirmação da dignidade humana.

Em exemplo, suprimir a proibição de tortura equivaleria a ignorar os sofrimentos que a Humanidade passou até que essa prática fosse vedada, restaurando uma situação abominável, que atingiu inúmeras pessoas durante a história, o que configuraria um retrocesso em termos de proteção à dignidade humana.

► **Importante:**

Pela tese da **PROIBIÇÃO DE RETROCESSO** não há de se admitir a supressão de direitos já reconhecidos na ordem jurídica, pois isso configuraria um retrocesso em detrimento da dignidade humana.

► **ATENÇÃO:**

A proibição de retrocesso é identificada na doutrina, outrossim como **princípio da proibição de evolução reacionária** e como **efeito cliquet**.

► **Como foi cobrado em concurso:**

A prova do Ministério Público do Paraná 2019 trouxe a seguinte proposição: *Os direitos humanos caracterizam-se pela existência da proibição de retrocesso, também chamada de “efeito cliquet”*. Está correto!

Cabe observar que a proibição de retrocesso obsta a supressão de direitos, mas não impede que sejam feitas restrições a direitos, e até mesmo que medidas estatais já adotadas sejam restringidas, eis que, de uma maneira geral, os direitos comportam limitações.

► **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

A prova do 25º Concurso de Procurador da República trouxe a seguinte proposição: *O princípio da proibição de retrocesso veda qualquer restrição de políticas públicas que já tenham concretizados direitos sociais constitucionalmente positivados. Está errado!*

## 7.2. Universalidade. A universalidade e o relativismo cultural. Multiculturalismo, interculturalismo e universalismo de chegada. A hermenêutica diatópica

A universalidade dos direitos humanos deve ser compreendida em dois sentidos.

Um no sentido de que **esses direitos se destinam a todas as pessoas sem qualquer tipo de discriminação**, de qualquer ordem que seja.

Direitos *universais no sentido de direitos de todos os seres humanos*, pouco importando a etnia, a opção religiosa, sexual etc., exatamente como afirmado na *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, da ONU, de 1948.

Outro no sentido de **abrangência territorial universal**, de validade em todos os lugares do mundo, de validade universal, cosmopolita, de inexistência de limitações territoriais à proteção da dignidade humana. É dizer, direito válidos em qualquer lugar do planeta, direitos pertencentes a uma sociedade mundial.

Nesse segundo sentido, *o respeito aos direitos humanos deixa de ser apenas uma questão interna de cada Estado com seus nacionais e atinge o patamar de uma temática mundial*, que demanda atuação da comunidade internacional, refletindo um novo paradigma, com o surgimento de documentos internacionais protetivos de direitos humanos.

► **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

A prova da Defensoria Pública do Piauí de 2009 trouxe a seguinte proposição: *“O princípio da universalidade impede que determinados valores sejam protegidos em documentos internacionais dirigidos a todos os países”*. Está errado!

A universalidade pode ser ilustrada na *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, da ONU, de 1948, que enuncia direitos comuns a todos os homens pela simples condição humana, sem nenhuma discriminação, e afirma que todos os seres humanos integram uma família única – a *família humanidade* –, merecedora de respeito e dignidade em todos os lugares.