

Rafael Barretto



DIREITOS HUMANOS



2023

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

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 2021 trouxe a seguinte proposição:

Os direitos humanos são todos os direitos previstos em legislação nacional ou acordos e tratados internacionais que dizem respeito à proteção da pessoa, ao passo que os direitos fundamentais são aqueles que têm como fundamento a dignidade da pessoa humana, estejam ou não positivados.

Está errado!

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 posituação 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 positivamente, 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, da 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 Delegado de Polícia do Pará 2021 trouxe a seguinte proposição: *Positivistas como Hans Kelsen e Alf Ross afirmam que os direitos humanos são direitos inatos à pessoa, que decorrem da sua própria condição de ser humano.*

Está errado! Essa perspectiva é dos jusnaturalistas. Os positivistas afirmam que os direitos humanos decorrem da positividade enquanto norma jurídica.

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 *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, da CF) torna o domicílio inviolável.

Bem por isso, o STF entende que a noção de domicílio extraída do art. 5º, XI, da 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 torná-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 de Defensoria Pública da Bahia 2021 trouxe a seguinte proposição: *os direitos humanos são regidos pela proibição do retrocesso (“efeito cliquet”) porque é vedado que se diminua ou amesquinhe a proteção que já alcançaram.*

Está correto!

A prova de Delegado de Polícia do Mato Grosso do Sul 2021 trouxe a seguinte proposição: *O “efeito cliquet” significa que os Direitos Humanos são inexauríveis, no sentido de que têm a possibilidade de expansão, a eles podendo ser sempre acrescidos novos direitos, a qualquer tempo.*

A proposição está errada, pois não é esse o significado do efeito cliquet.

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 pode ser compreendida em dois sentidos, um no sentido dos destinatários dos direitos, e outro no sentido da validade territorial dos direitos.

No primeiro sentido, dos destinatários, **os direitos humanos se destinam a todas as pessoas, sem qualquer tipo de discriminação**, de qualquer ordem que seja. Direitos universais por serem direitos destinados a todos os seres humanos, a partir da mera condição humana, pouco importando a etnia, a opção religiosa, sexual etc., exatamente como afirmado na *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, da ONU, de 1948.

► Como esse assunto foi cobrado em concurso?

A prova de Defensoria Pública da Bahia 2021 trouxe a seguinte proposição: *Os direitos humanos são universais porque são atribuídos a todos os seres humanos, com exceção dos apátridas.*

Está errado, porque os direitos humanos também se destinam aos apátridas. Inclusive, existe um direito a ter nacionalidade!

É comum fundamentar filosoficamente essa primeira compreensão na doutrina de Kant, para quem o homem é um fim em si mesmo, titular de uma dignidade ontológica. Particularmente, cabe ressaltar que, muito antes de Kant, e com muito mais autoridade, Jesus Cristo já afirmava a dignidade humana, proclamando valores que atualmente estão estampados no discurso dos direitos humanos. Mas, essa é uma outra discussão, que não faremos aqui...

► Como esse assunto foi cobrado em concurso?

A prova de Delegado de Polícia do Pará 2021 trouxe a seguinte proposição: *A partir de um resgate da visão kantiana, a única condição exigida para que alguém seja titular de Direitos Humanos é sua condição de ser humano.*

Está correto.

No segundo sentido, da validade territorial dos direitos, entende-se que os direitos humanos têm abrangência **territorial universal**, ou seja, valem em todos os lugares do mundo, são cosmopolitas. Direitos humanos, aqui, são universais por serem direitos válidos em qualquer lugar do planeta. 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.

A Constituição de 1988 e os direitos humanos

1. INOVAÇÕES DA CF 88

A Constituição Federal de 1988 é o *grande marco jurídico dos direitos humanos no Brasil* e é considerada uma das constituições mais avançadas do mundo em matéria de direitos humanos.

► Como esse assunto foi cobrado em concurso?

A prova de Investigador da Polícia Civil de Minas Gerais 2014 trouxe essa proposição: *“A Constituição Federal de 1988 não se coloca entre as Constituições mais avançadas do mundo no que diz respeito à matéria”*. Está errado!

É preciso recordar que a constituição adveio num momento histórico de superação de um regime de exceção que perdurou por mais de duas décadas e, nesse contexto, era natural que os direitos humanos fossem objeto de dedicada atenção do Constituinte.

Analisemos as inovações trazidas pela Constituição de 1988.

1.1. Dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado

O primeiro artigo da Constituição, ao relacionar os fundamentos do Estado brasileiro, positiva, no inciso III, a dignidade da pessoa humana, o que, por si só, já seria suficiente para provocar uma verdadeira *“revolução”* do ponto de vista jurídico.

► Como esse assunto foi cobrado em concurso?

A prova do Ministério Público de São Paulo de 2011 trouxe a seguinte proposição: *“O princípio da dignidade da pessoa humana está previsto constitucionalmente como um dos fundamentos da República e constitui um núcleo essencial de irradiação dos direitos humanos, devendo ser levado em conta em todas as áreas na atuação do Ministério Público”*. Está correto!

Fundamento é aquilo que dá base, que serve de sustentação, é aquilo que está pressuposto. Os fundamentos de um Estado são os alicerces de sustentação do Estado, são os pressupostos em cima dos quais o Estado se desenvolve.

Ao elencar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado brasileiro, **a Constituição está indicando que a dignidade é o parâmetro orientador de todas as condutas estatais**, o que implica romper com um modelo patrimonialista de ordem jurídica.

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

A prova de Delegado Civil de Minas Gerais de 2011 trouxe seguinte proposição: *A interpretação sistemática do texto constitucional exige que a dignidade da pessoa seja o parâmetro orientador.* Está correto!

O fato de toda a realidade estatal se desenvolver a partir da dignidade humana impõe uma releitura da ordem jurídica, no sentido de reinterpretar as normas infraconstitucionais e verificar se elas são compatíveis com esse novo modelo, e essa é uma tarefa que se projetou em todos os ramos do Direito.

Em exemplo, o Direito Civil, tradicionalmente alicerçado na propriedade privada e no contrato, passou por verdadeira revolução e diversos de seus institutos foram remodelados para se adequar à ótica da proteção da pessoa.

► **Importante:**

A positivação da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado brasileiro impôs uma releitura de toda a ordem jurídica, atingindo todos os sub-ramos do Direito, que tiveram que ser rediscutidos a partir da ótica da proteção à pessoa.

Deve ser destacado que essa **foi a primeira vez** que uma Constituição brasileira adotou o núcleo da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado, a realmente denotar que o constituinte erigiu a questão dos direitos humanos como um de seus pontos centrais.

1.2. Proteção da pessoa humana como objetivo fundamental do Estado

Logo em seguida, no art. 3º, ao elencar os objetivos fundamentais do Estado brasileiro, a Constituição novamente denotou preocupação em afirmar a dignidade da pessoa humana, pois **todos os objetivos estão relacionados com a busca da dignidade da pessoa**.

Objetivos são metas a serem alcançadas, são pontos nos quais se pretende chegar, e, certamente, não se confundem com fundamentos. Enquanto esses são, por assim dizer, os pontos de partida, aqueles são os pontos de chegada.

E os pontos de chegada do Estado brasileiro, positivados no art. 3º, se relacionam diretamente com a temática da proteção à pessoa, o que reforça o compromisso constituinte com a afirmação da dignidade da pessoa.

► **Importante:**

Os objetivos fundamentais do Estado constituem os pontos em que o Estado pretende chegar, e, no caso brasileiro, eles estão diretamente relacionados com a dignidade da pessoa, a revelar, mais uma vez, o compromisso do constituinte com a busca da proteção à pessoa.

O primeiro objetivo é construir uma sociedade livre, justa e solidária, ou seja, uma sociedade na qual todas as pessoas usufruam das liberdades e onde haja justiça e solidariedade social, o que está diretamente relacionado com a proteção à pessoa.

O segundo objetivo é garantir o desenvolvimento nacional, o que também se entrelaça com a ideia de afirmação da dignidade da pessoa, pois a ideia de desenvolvimento, que não se confunde com mero progresso científico, está relacionada com uma melhora qualitativa na atividade estatal e na vida das pessoas. Estado no qual os direitos humanos não são respeitados jamais será um Estado desenvolvido.

O terceiro objetivo – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais – está diretamente associado à ideia de afirmação da pessoa, principalmente do ponto de vista dos direitos sociais e econômicos, pois aqui se busca garantir a todas as pessoas um patamar mínimo de riqueza que permita erradicar a pobreza no país.

O quarto, e último, objetivo, que é o de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, traz a concepção universalista que predomina atualmente no debate dos direitos humanos, de afirmação da dignidade da pessoa pela simples condição humana, sem qualquer tipo de discriminação.

Essa também é a **primeira vez** que uma constituição brasileira elenca como objetivos fundamentais do Estado metas atreladas à afirmação da dignidade das pessoas.

► **Importante:**

Juntando os fundamentos e os objetivos do Estado brasileiro se pode afirmar que o constituinte quis instaurar uma ordem que parte da afirmação da pessoa e que busca o tempo inteiro a afirmação da pessoa, tornando a proteção da pessoa uma preocupação constante e incessante do Estado brasileiro.

1.3. Prevalência dos direitos humanos como princípio regente das relações internacionais

Outra inovação substantiva promovida pela Constituição de 1988 foi estabelecer a prevalência dos direitos humanos como um dos princípios que regem o Brasil nas relações internacionais, conforme art. 4º, inciso II.

► Como esse assunto foi cobrado em concurso?

A prova de Delegado de Polícia do Rio Grande do Sul trouxe a seguinte proposição: *A Constituição Federal de 1988, no que tange aos direitos humanos, estabelece que eles, os direitos humanos, são prevalentes, nas relações internacionais da República Federativa do Brasil.* Está correto!

A prova do 22º concurso do Ministério Público Federal trouxe a seguinte proposição: *“A constituição federal, relativamente à proteção dos direitos humanos, estabelece que, nas suas relações internacionais, a República Federativa do Brasil rege-se, dentre outros princípios, pela prevalência dos direitos humanos”.* Está correto!

A prova da Defensoria Pública da Paraíba 2014 trouxe a seguinte proposição: *“A Constituição Federal dispõe expressamente que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento a prevalência dos direitos humanos.”.* Está errado porque a prevalência dos direitos humanos não é fundamento do Estado Brasileiro (art. 1º/CF), é um princípio regente das relações internacionais do Brasil (art. 4º/CF). O que é fundamento do Estado brasileiro é a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III/CF).

Ao positivar a prevalência dos direitos humanos como princípio regente das relações internacionais, a constituição proíbe que o Brasil adote, no plano internacional, qualquer postura que atente contra a dignidade da pessoa humana.

Historicamente, as discussões no cenário internacional se resumiam a questões de soberania e de comércio entre os Estados, não se colocando em pauta questões de afirmação de direitos das pessoas.

O diálogo era, basicamente, sobre projeção da soberania dos Estados, sobre compromissos econômicos, em nada se aproximando da temática dos direitos das pessoas.

Em tempos atuais o cenário é totalmente diferente e os direitos das pessoas são hoje pauta obrigatória das relações internacionais, e essa previsão da constituição brasileira deu abertura para inserir o Brasil na nova conjuntura internacional.

É como se o constituinte quisesse deixar claro que as discussões que ocorrem no cenário internacional sobre a afirmação dos direitos das pessoas também interessam ao Brasil, que deseja se inserir nesse contexto como um sujeito ativo, um partícipe direto do processo de afirmação da dignidade da pessoa nas relações internacionais.

Não custa recordar que, em 1992, ou seja, pouquíssimos anos após a instauração do novo regime político, o Brasil sediou um evento mundial voltado à temática dos direitos humanos, a *Eco 92*, que foi uma conferência mundial sobre a questão dos direitos ambientais.

Para quem acabara de sair de mais de 2 décadas de regime de exceção, sediar um evento mundial sobre direitos humanos é realmente algo muito significativo e, certamente, isso refletiu os novos ares constitucionais sobre a atuação do Brasil nas relações internacionais.

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

A prova de Delegado Civil de Minas Gerais de 2011 trouxe a seguinte proposição: “As relevantes transformações internas, decorrentes do processo de democratização, permitiram que os direitos humanos se convertessem em tema fundamental na agenda internacional do País, a partir de então”. Está correto!

1.4. Positivção dos direitos e garantias fundamentais logo no início do texto constitucional

A Constituição de 1988 **positivou a maior parte dos direitos e garantias fundamentais logo no início do texto constitucional, no Título II**, denominado “*Dos direitos e garantias fundamentais*”, tratando dos direitos antes mesmo de organizar a estrutura do Estado e a estrutura dos Poderes.

Isso representa uma grande novidade na história constitucional brasileira, pois as **constituições pretéritas traziam a declaração de direitos sempre mais para o final do texto constitucional**, já depois de organizar o Estado e os Poderes da República.

O tratamento da matéria logo no início da Constituição, rompendo com o modelo historicamente utilizado nas constituições brasileiras, foi um ato intencional do constituinte, como se ele quisesse mais uma vez sinalizar que a temática dos direitos estava sendo colocada em primeiro plano na nova ordem jurídica.

1.5. Consagração da aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais

Outra novidade trazida pelo texto constitucional foi a positivção, no § 1º do art. 5º, do comando de **aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais**.

Isso significa que o constituinte quis que a aplicabilidade dos direitos e garantias das pessoas não ficasse condicionada a nenhum outro fator, decorrendo diretamente da própria Constituição.

É fundamental destacar que o texto constitucional estabelece a **aplicação imediata dos direitos fundamentais, e, não, apenas dos direitos individuais**, o que

representa um avanço bastante considerável em matéria de direitos humanos, tornando a ordem jurídica brasileira, nesse ponto, mais avançada até mesmo do que a legislação internacional.

Como será visto mais adiante aqui na obra, a ordem internacional dos direitos humanos costuma reconhecer aplicação imediata apenas aos direitos individuais, imprimindo aos direitos sociais um caráter marcadamente programático.

O fato de o texto constitucional ter imprimido aplicação imediata aos direitos fundamentais como um todo tem servido de base para decisões importantes do Supremo Tribunal Federal em matéria de direitos sociais, nas quais a Corte tem determinado ao Poder Público que adote medidas concretas no sentido de efetivar direitos sociais, em especial casos envolvendo educação e saúde.

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

A prova do Ministério Público de Rondônia, de 2008, trouxe a seguinte proposição: *“O art. 5º da CF prevê que ninguém pode ser submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante. Entretanto, esse dispositivo não tem aplicabilidade imediata devido ao fato de não ter sido regulamentado no plano infraconstitucional”*. Está errado!

1.6. Abertura do catálogo de direitos e garantias fundamentais e reconhecimento dos tratados internacionais de direitos humanos

O § 2º do art. 5º da Constituição traz mais uma novidade importante, que é a **abertura do catálogo** de direitos e garantias fundamentais e o reconhecimento da **força jurídica dos tratados internacionais** de direitos humanos na ordem interna brasileira.

O citado dispositivo dispõe que *“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”*.

Catálogo de direitos é uma expressão utilizada para indicar o rol, a relação de direitos, e o citado dispositivo deixa claro que o catálogo de direitos válidos no Brasil não se restringe àqueles positivados no texto constitucional, sendo muito mais amplo, abrangendo também os direitos que estão reconhecidos nos tratados internacionais que o Brasil vier a ser parte.

Significa que os direitos reconhecidos pelo Brasil no cenário internacional possuem aplicação no plano interno, o que reafirma a intenção do constituinte de redimensionar a atuação do Brasil em suas relações internacionais, que há de ser pautada pela temática dos direitos humanos.

Juntando essa previsão com aquela outra do art. 4º, II, pode-se afirmar que o constituinte quis que o Brasil participasse das discussões internacionais sobre direitos humanos e que o produto dessas discussões fosse aplicado na ordem jurídica interna brasileira.

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

A prova de Delegado Civil de Minas Gerais de 2011 trouxe a seguinte proposição: *Ao romper com a sistemática das Constituições anteriores, a Constituição de 1988, ineditamente, consagra o primado do respeito aos direitos humanos, abrindo a ordem jurídica interna ao sistema de proteção internacional desses direitos.* Está correto!

1.7. Afirmação dos direitos sociais como verdadeiros direitos fundamentais

A Constituição de 1988 **qualificou os direitos sociais como verdadeiros direitos fundamentais**, se referindo a eles como um Capítulo do Título II, que é dedicado aos direitos e garantias fundamentais,

Ao assim fazer, o constituinte **rompeu com o modelo das Constituições anteriores**, que tratavam dos direitos sociais na parte dedicada à ordem econômica e social, como se tais direitos fossem meros vetores da atuação estatal no plano econômico e social e, não, verdadeiros direitos subjetivos.

Essa inovação denota a importância que o constituinte quis dar aos direitos sociais, positivando-os como autênticos direitos fundamentais, não apenas como diretrizes da atuação estatal no plano econômico e social.

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

A prova de Investigador da Polícia Civil de Minas Gerais 2014 trouxe essa proposição: *“a constituição federal de 1988 inclui os direitos sociais, a nacionalidade e os direitos políticos no rol dos direitos e garantias fundamentais”.* Está correto!

1.8. Qualificação dos direitos das pessoas como cláusula pétrea

Outra inovação foi a **inserção da proteção aos direitos das pessoas no rol de cláusulas pétreas da Constituição**, conforme art. 60, §4º, IV, o qual veda proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais.

As cláusulas pétreas representam uma das partes mais importantes de qualquer Constituição, pois formam o chamado núcleo duro, insuprimível, e são responsáveis pela preservação da identidade constitucional.

Ter os direitos das pessoas como cláusula pétrea significa reconhecer que o constituinte firmou um compromisso eterno com a proteção da pessoa; enquanto existir a constituição de 1988, os direitos da pessoa não poderão ser suprimidos. Sendo suprimida a proteção à pessoa, estará sendo suprimida a própria Constituição de 1988.

Isso é muito inovador se considerado que **os diplomas constitucionais anteriores** adotavam com cláusulas pétreas tão somente aspectos relacionados ao Estado e ao Governo, sem nenhuma preocupação com os direitos das pessoas.

As cláusulas pétreas nos sistemas constitucionais pretéritos se resumiam à Federação e à República, ou seja, à forma de Estado e à forma de governo, a denotar que questões de Estado e de governo teriam uma importância muito maior do que questões relacionadas com os direitos das pessoas.

Entretanto, essa perspectiva fica superada com a Constituição de 1988, que petrificou os direitos da pessoa humana, conferindo aos direitos a importância de efetivamente devem ter.

É preciso ter atenção especial com o fato de o texto constitucional ter se referido apenas aos direitos individuais e, não, aos direitos fundamentais como um todo, cabendo uma reflexão se a petrificação se restringira realmente aos direitos individuais ou abrangeria os demais direitos fundamentais.

Essa é uma questão sobremaneira importante, mas não será analisada agora e, sim, daqui a alguns itens, ainda nesse capítulo da obra.

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

A prova do Ministério Público de São Paulo, de 2008, trouxe a seguinte proposição: “A Constituição Federal tem como cláusula pétrea a garantia de que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. Está correto, eis que a proibição de tortura está consagrada no art. 5º, inciso III da CF!

1.9. Formação de um tribunal internacional dos direitos humanos

Mais uma novidade está prevista no art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que estabelece que “O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos”.

Como será visto no decorrer da obra, existem alguns tribunais internacionais de direitos humanos em atividade e o Brasil se submete à jurisdição de alguns deles.

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

A prova do 19º concurso do Ministério Público Federal trouxe a seguinte proposição: “A constituição brasileira, quanto à proteção dos direitos humanos: Estabelece como princípio regente das relações internacionais do País a prevalência dos direitos humanos e preconiza ainda a criação de um tribunal internacional dos direitos humanos”. Está correto!

1.10. Quadro sinóptico das inovações da Constituição de 1988

Art. 1º, III	Dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado
Art. 3º	Proteção da pessoa humana como objetivo do Estado
Art. 4º, II	Prevalência dos direitos humanos como princípio regente das relações internacionais
Título II	Positivização dos direitos e garantias fundamentais logo no início do texto constitucional
Art. 5º, § 1º	Consagração da aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais
Art. 5º, § 2º	Abertura do catálogo de direitos e garantias fundamentais e reconhecimento dos tratados internacionais de direitos humanos.
Capítulo II do Título II	Afirmação dos direitos sociais como verdadeiros direitos fundamentais
Art. 60º, § 4º	Qualificação dos direitos das pessoas com cláusula pétreia
Art. 7º do Adct	Criação de um tribunal internacional dos direitos humanos

1.11. Inovações da Emenda Constitucional 45/2004

A Emenda Constitucional 45, de dezembro de 2004, trouxe também algumas novidades em matéria de direitos humanos. Vejamos quais são elas.

1.11.1. Alteração do status formal dos tratados de direitos humanos

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

É uma disposição importante, pois **demarcou posição acerca da definição do status jurídico formal dos tratados de direitos humanos**, dispondo que os tratados internacionais de direitos humanos que forem aprovados no Congresso Nacional pelo procedimento de aprovação de uma emenda constitucional serão dotados da mesma natureza que uma emenda constitucional.

Esse é um tema sobre o qual discorreremos mais adiante aqui na obra; por enquanto limitamo-nos a registrar que esse dispositivo serviu de base para uma relevante mudança na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

1.11.2. Possibilidade de submissão ao Tribunal Penal Internacional

A Emenda também acrescentou ao art. 5º da Constituição o § 4º, dispondo que “O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”.

Sistema Interamericano de Direitos Humanos

1. A OEA. CARTA DA OEA DE 1948

O sistema interamericano de direitos humanos é coordenado pela Organização dos Estados Americanos (OEA), entidade criada em 1948, a partir da *IX Conferência Pan-americana*, realizada em Bogotá, Colômbia, na qual foi proclamada Carta da Organização dos Estados Americanos, documento de fundação da entidade, que proclama que *a afirmação dos direitos humanos integra os propósitos e princípios da entidade*.

Fundada 03 anos após a criação da ONU, a OEA representa para o sistema regional interamericano, *mutatis mutandis*, aquilo que a ONU representa para o sistema global.

Sediada nos Estados Unidos, em Washington, a OEA conta com a participação de todas as 35 nações independentes da América, cabendo destacar a situação singular vivenciada por *Cuba*.

Cuba foi suspensa da OEA em 31 de janeiro de 1962, após o governo cubano declarar o caráter socialista da Revolução Cubana e se aliar à URSS. Isso se deu por pressão dos Estados Unidos, no contexto da Guerra Fria existente à época.

A suspensão somente veio a ser revogada 47 anos depois, em 03 de junho de 2009, quando a OEA tornou sem efeito a Resolução que havia excluído a participação do governo cubano no sistema interamericano e deliberou que a participação de Cuba na OEA será o resultado de um processo de diálogo iniciado a pedido do governo de Cuba e em conformidade com as práticas, os propósitos e princípios da OEA.

2. DECLARAÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS E DEVERES HUMANOS

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem foi aprovada na IX Conferência Internacional Americana, realizada em Bogotá, em abril de 1948, sendo um dos primeiros documentos do sistema americano.

Ela segue a diretriz geral dos documentos daquela época, de proclamar uma série de **direitos**, mas, de maneira peculiar, enuncia também uma série de **deveres**, nisso sendo singular.

A declaração afirma a **concepção universalista dos direitos humanos**, prevendo que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ele ser cidadão de determinado Estado, mas de terem como base os atributos da pessoa humana.

Ela possui um preâmbulo e dois capítulos, o primeiro dedicado aos direitos e o segundo aos deveres. Quanto aos direitos, menciona os clássicos **direitos civis e políticos**, mas também os **sociais, econômicos e culturais**. Já em relação aos deveres, ela enuncia o seguinte:

- O indivíduo tem o dever de conviver com os demais, de maneira que todos e cada um possam formar e desenvolver integralmente a sua personalidade;
- Toda pessoa tem o dever de auxiliar, alimentar, educar e amparar os seus filhos menores de idade, e os filhos têm o dever de honrar sempre os seus pais e de os auxiliar, alimentar e amparar sempre que precisarem;
- Toda pessoa tem o dever de adquirir, pelo menos, a instrução primária;
- Toda pessoa tem o dever de votar nas eleições populares do país de que for nacional, quando estiver legalmente habilitada para isso;
- Toda pessoa tem o dever de obedecer à lei e aos demais mandamentos legítimos das autoridades do país onde se encontrar;
- Toda pessoa devidamente habilitada tem o dever de prestar os serviços civis e militares que a pátria exija para a sua defesa e conservação, e, no caso de calamidade pública, os serviços civis que estiverem dentro das suas possibilidades. Da mesma forma, tem o dever de desempenhar os cargos de eleição popular de que for incumbida no Estado de que for nacional;
- Toda pessoa está obrigada a cooperar com o Estado e com a coletividade na assistência e previdência sociais, de acordo com as suas possibilidades e com as circunstâncias;
- Toda pessoa tem o dever de pagar os impostos estabelecidos pela lei para a manutenção dos serviços públicos;
- Toda pessoa tem o dever de trabalhar, dentro das suas capacidades e possibilidades, a fim de obter recursos para sua subsistência ou em benefício da coletividade;
- Todo estrangeiro tem o dever de se abster de tomar parte nas atividades políticas que, de acordo com a lei, sejam privativas dos cidadãos do Estado onde se encontrar.

3. CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA)

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, celebrada em San José, na Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, é o **principal documento do sistema interamericano**.

A Convenção foi ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992 e promulgada na ordem interna no mesmo ano, pelo Decreto Presidencial 678, de 6 de novembro de 1992, ou seja, 4 anos após a instauração do novo regime constitucional.

Ao aderir à Convenção, o **Brasil fez uma reserva** no sentido de que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ao realizar uma investigação, somente poderá realizar visitas e inspeções *in loco* no território brasileiro mediante **anuência expressa do Estado brasileiro**.

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

A prova de Defensor Público de Goiás 2014 trouxe essa proposição: “o Pacto de São José da Costa Rica (1969) é uma das mais importantes normas internacionais e foi aprovado imediatamente no Brasil, sem nenhuma restrição ou reserva”. Está errado!

A prova da Defensoria Pública do Piauí de 2009 trouxe a seguinte proposição: “A Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica) foi adotada sem ressalvas pelo Brasil desde o seu início”. Está errado!

Como de praxe nos tratados internacionais protetivos de direitos humanos, a Convenção prevê que o Estado que aderir a ela compromete-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos (art. 1º) e a adotar as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

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

A prova de Defensoria Pública do Mato Grosso 2016 trouxe a seguinte proposição: “A Convenção impõe que o Estado deva adotar não somente medidas legislativas, mas quaisquer outras que se mostrem necessárias e adequadas à consecução de seus objetivos, mesmo que de natureza administrativa”. Está correto!

Vejamos importantes aspectos da Convenção.

3.1. Direitos reconhecidos

A Convenção Americana enunciou, basicamente, **apenas os direitos liberais** (*direitos civis e políticos*), não tendo se dedicado aos direitos sociais, econômicos e culturais, aos quais fez apenas uma menção, no art. 26, estabelecendo que os Estados devem adotar providências no sentido de conseguir, progressivamente, a efetividade de tais direitos.

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

A prova de Delegado Civil de Minas Gerais de 2011 trouxe a seguinte proposição: *substancialmente reconhece e assegura um catálogo de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, garantindo-lhes a plena realização*. Está errado!

Os direitos sociais econômicos e culturais estão previstos em outra Convenção Internacional, o *Protocolo de San Salvador*, que será analisado mais adiante.

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

A prova do 14º concurso do Ministério Público do Trabalho trouxe a seguinte proposição: *“No âmbito da Organização dos Estados Americanos, ao contrário do que ocorre no da ONU, só há um Pacto de Direitos Humanos, que trata dos Direitos Cívicos e Políticos, o Pacto de San José da Costa Rica, não havendo um pacto de direitos sociais, econômicos e culturais”*. Está errado!

A Convenção Americana **basicamente reproduziu os direitos constantes do Pacto Internacional dos direitos civis e políticos da ONU** – o texto das convenções chega a ser similar em algumas passagens – mas, de todo modo, traz algumas novidades em relação ao instrumento da ONU, como, por exemplo, o direito à propriedade, cujo uso e gozo pode ser subordinado ao interesse social.

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

A prova de Juiz Militar de São Paulo 2016 trouxe a seguinte proposição: *“A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica) reproduz a maior parte das declarações de direitos constantes do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos de 1966. Contudo, existem novidades importantes, entre as quais se destaca o direito à propriedade privada cujo uso e gozo podem estar subordinados ao interesse social”*. Está correto!

A prova da Defensoria Pública do Piauí 2009 trouxe a seguinte proposição: *“A Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica) reproduziu a maior parte das declarações de direitos constantes do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”*. Está errado, pois ela reproduziu o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos!

Os **direitos reconhecidos na Convenção** são os seguintes:

- personalidade jurídica;
- vida;
- integridade pessoal;

- proibição da escravidão e da servidão;
- liberdade pessoal;
- garantias judiciais;
- legalidade e retroatividade da lei penal;
- indenização por erro judiciário;
- proteção da honra e dignidade;
- liberdade de consciência e de religião;
- liberdade de pensamento e de expressão;
- direito de resposta;
- direito de reunião;
- liberdade de associação;
- proteção da família;
- direito ao nome;
- direitos da criança;
- nacionalidade;
- propriedade privada, cujo uso e gozo pode ser subordinado ao interesse social;
- direito de circulação e residência, no que se incluiu o direito de buscar e receber asilo em território estrangeiro em caso de perseguição por delito político ou comum conexo com delito político;
- direitos políticos;
- igualdade perante a lei e proteção judicial.

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

A prova da Defensoria Pública do Piauí 2009 trouxe a seguinte proposição: “A Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica) não tratou do direito ao nome”. Está errado!

A mesma prova trouxe ainda a seguinte proposição: “A Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica) indica a possibilidade de asilo no caso do cometimento de crimes comuns não vinculados à atividade política”. Está errado, pois o direito de asilo é assegurado somente para crimes políticos ou comuns conexos com delitos políticos!

Ainda sobre o direito de asilo, a prova de Defensor Público de Goiás 2014 trouxe essa questão:

A Convenção Americana sobre os Direitos Humanos de 1969 destaca que “Toda pessoa tem o direito de buscar e receber asilo em território

estrangeiro, em caso de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com delitos políticos, de acordo com a legislação de cada Estado e as convenções internacionais”. Essa recomendação consiste em

- a) conceder asilo diplomático ou territorial, sendo este uma modalidade definitiva de asilo político.
- b) receber o estrangeiro em território nacional, sem os requisitos de ingresso, evitando punição ou perseguição baseada em crime de natureza política ou ideológica.
- c) assistir ao refugiado estrangeiro em toda e qualquer situação de perseguição em seu país de nacionalidade.
- d) facultar ao estrangeiro o asilo extraterritorial na forma definitiva, quando em perseguição no país de origem por questão puramente política.
- e) reconhecer a condição do refugiado estrangeiro em território nacional, impedindo a sua expulsão em face ao motivo de ordem pública.

A resposta é letra B.

Em seguida detalharemos alguns dos direitos enunciados na Convenção.

3.1.1. Direito à vida e pena de morte

A Convenção afirmou o direito à vida, mas não aboliu a pena de morte, o que só veio a ocorrer posteriormente, mediante um Protocolo Facultativo.

Afirmou-se a proteção ao direito a vida **desde o momento da concepção**, ou seja, a vida foi protegida antes mesmo do nascimento. Eis o que consta do texto da Convenção:

Artigo 4. Direito à vida

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

► Como esse assunto foi cobrado em concurso?

A prova do concurso de juiz de direito do Estado do Pará de 2019 trouxe a seguinte questão:

Conforme a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e a posição do STF sobre as teorias natalista e da personalidade condicional, o direito à vida deve ser respeitado desde o momento da(o)

- a) concepção.

- b) fecundação do óvulo.
- C) formação do embrião.
- D) nascimento.
- E) nascimento com vida.

A resposta é a alternativa a.

A prova de delegado de polícia de São Paulo 2014 trouxe a seguinte proposição: *“considerando o disposto expressamente no pacto internacional de san José da Costa Rica (convenção americana de direitos humanos de 1969), a respeito do direito à vida e do direito à integridade pessoal, é correto afirmar que toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida, e o direito de ser protegido pela lei, em geral, desde o momento do seu nascimento”*. Está errado, pois, como vimos, o direito à vida foi assegurado desde o momento da concepção e, não, do momento do nascimento.

Apesar de não ter abolido a pena de morte, a Convenção impôs uma série de restrições à aplicação da pena capital.

Eis o teor da Convenção:

Artigo 4. Direito à vida

2. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente.
3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido.
4. Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada por delitos políticos, nem por delitos comuns conexos com delitos políticos.
5. Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez.
6. Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competente.

► Como esse assunto foi cobrado em concurso?

A prova de Delegado de Polícia de São Paulo 2014 trouxe a seguinte proposição: *“Considerando o disposto expressamente no Pacto Internacional de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969), a respeito do direito à vida e do direito à integridade pessoal, é correto afirmar que todos os países estão proibidos de adotar a pena de morte e aqueles que já a adotem devem aboli-la de imediato”*. Está errado, pois, como vimos, a Convenção não proibiu a pena de morte.

A prova da Defensoria Pública do Piauí, de 2009 trouxe a seguinte proposição: “A Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica) proíbe o restabelecimento da pena capital nos países que a tenham abolido”. Está correto!

Aparenta que a pena de morte não foi abolida pela Convenção por influência dos Estados Unidos, País que ainda adota a pena capital, e que exerce grande força na OEA.

Por seu turno, posteriormente, por meio de um *Protocolo Facultativo*, aprovado em 8 de junho de 1990, e ainda não assinado pelos Estados Unidos, foi instituída a abolição da pena de morte para o sistema interamericano, ressalvando apenas a hipótese de guerra declarada.

O **“Protocolo à Convenção Americana sobre direitos humanos referente à abolição da pena de morte”**, foi aprovado pela OEA em 8 de junho de 1990, e o Brasil aderiu ao instrumento normativo em 13/8/1996 e promulgou na ordem interna pelo Decreto presidencial nº 2.754, de 27 de agosto de 1998.

Conforme o Protocolo os Estados Partes não aplicarão em seu território a pena de morte a nenhuma pessoa submetida a sua jurisdição, **ressalvada apenas a possibilidade de aplicação da dessa pena em tempo de guerra**, por delitos sumamente graves de caráter militar, situação que deve ser registrada pelo Estado parte no momento de adesão ao instrumento normativo.

Ao aderir ao Protocolo, **o Brasil fez uma reserva nesse sentido**, reservando o direito de aplicar a pena de morte em caso de guerra declarada, eis que a constituição brasileira admite a pena de morte nessa hipótese (CF, art. 5º, XLVII, “a”).

► **Importante:**

A Convenção Americana sobre direitos humanos não vedou a pena de morte, mas lhe impôs uma série de restrições. A pena de morte foi abolida posteriormente, por um Protocolo Facultativo. O Protocolo admitiu a aplicação da pena capital em caso de guerra declarada. O Brasil, ao aderir ao Protocolo, fez uma reserva nesse sentido, considerando o que consta do art. 5º, XLVII, “a” da constituição brasileira.

► **Como foi cobrado em concurso:**

A prova da Defensoria Pública de Roraima 2021 trouxe a seguinte questão: O Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte

- a) implica no compromisso do Estado signatário em não promover a extradição de pessoas para países que adotem a pena capital.
- b) ressalva a possibilidade de aplicação da pena de morte pelo Estado-Parte apenas em crimes cometidos antes da ratificação e para os quais a pena já era prevista.

- c) ainda pende de aprovação pelo Congresso Nacional, embora tenha sido assinado pelo Brasil.
- d) tornou inaplicável a pena de morte no Brasil mesmo em caso de guerra declarada e foi aprovado por Decreto Legislativo com status de Emenda Constitucional.
- e) teve depositado seu Instrumento de Ratificação pelo Governo brasileiro com a aposição de reserva.

A resposta é a alternativa E!

A questão da pena de morte é um dos grandes desafios enfrentados pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que, ao longo dos anos, vem enviando esforços contra a aplicação desse tipo de pena.

Em 2012, a Comissão divulgou um informe intitulado “*Pena de morte no Sistema Interamericano de direitos humanos: das restrições à abolição*”, no qual formulou recomendações aos Estados, dentre elas aplicar uma moratória às execuções, e aderir ao Protocolo Facultativo à Convenção Americana sobre direitos humanos relativos à abolição da pena de morte.

A grande maioria dos Estados membros da OEA não adota a pena de morte, mas, alguns poucos ainda aplicam a pena capital, notadamente os Estados Unidos e alguns países da região do Caribe.

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

A prova da Defensoria Pública do Estado de Pernambuco 2018 trouxe a seguinte proposição: “*Apesar de se perceber uma tendência favorável dos Estados americanos em abolir a pena de morte, a maioria deles ainda mantém, em seus ordenamentos jurídicos, a possibilidade de pena de morte em casos de crimes comuns*”.

A proposição está errada!

Sobre os Estados Unidos, é importante destacar que a adoção ou não da pena de morte não é uma questão nacional, mas uma questão decidida internamente por cada Estado da Federação, de modo que há Estados Federados que não adotam a pena capital.

Nesse sentido, cabe sobrelevar que, em 2015, o Estado americano de **Nebraska** aboliu a pena de morte, fato que foi celebrado pela Comissão Interamericana, que destacou que a atitude do Estado federado contribuiu para o progresso da luta em prol do desaparecimento da pena capital nos Estados Unidos.

Outro Estado que aboliu a pena de morte em 2015 foi o **Suriname**, país que integra a região do Caribe, região na qual alguns Estados ainda admitem a pena capital.

Esse fato também foi celebrado pela Comissão Interamericana, que destacou que a decisão do Suriname representa uma oportunidade para que os países do Caribe avancem no sentido de abolir a pena de morte.

3.1.2. Direito à integridade pessoal

Ao reconhecer o direito à integridade pessoal, em seu art. 5º, a Convenção previu que:

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.
2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.
3. A pena não pode passar da pessoa do delinquente.
4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas.
5. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento.
6. As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

► Como esse assunto foi cobrado em concurso?

A prova de Delegado de Polícia de São Paulo 2014 trouxe a seguinte proposição: *“Considerando o disposto expressamente no Pacto Internacional de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969), a respeito do direito à vida e do direito à integridade pessoal, é correto afirmar que os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e devem ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas.”* Está correto!

3.1.3. Trabalho forçado

Ao dispor sobre a proibição da escravidão e da servidão, a Convenção (art. 6º), dispôs sobre **trabalho forçado**, admitindo que o trabalho forçado acompanhe uma pena privativa de liberdade, imposta por juiz ou tribunal competente, mas não podendo afetar a dignidade nem a capacidade física e intelectual do recluso.

Demais, previu-se que **determinadas condutas não são consideradas trabalho forçado**.

Eis o teor da Convenção:

Artigo 6. Proibição da escravidão e da servidão

1. Ninguém pode ser submetido a escravidão ou a servidão, e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as suas formas.
2. Ninguém deve ser constrangido a executar trabalho forçado ou obrigatório. Nos países em que se prescreve, para certos delitos, pena privativa da liberdade acompanhada de trabalhos forçados, esta disposição não pode ser interpretada no sentido de que proíbe o cumprimento da dita pena, imposta por juiz ou tribunal competente. O trabalho forçado não deve afetar a dignidade nem a capacidade física e intelectual do recluso.
3. Não constituem trabalhos forçados ou obrigatórios para os efeitos deste artigo:
 - a. os trabalhos ou serviços normalmente exigidos de pessoa reclusa em cumprimento de sentença ou resolução formal expedida pela autoridade judiciária competente. Tais trabalhos ou serviços devem ser executados sob a vigilância e controle das autoridades públicas, e os indivíduos que os executarem não devem ser postos à disposição de particulares, companhias ou pessoas jurídicas de caráter privado;
 - b. o serviço militar e, nos países onde se admite a isenção por motivos de consciência, o serviço nacional que a lei estabelecer em lugar daquele;
 - c. o serviço imposto em casos de perigo ou calamidade que ameace a existência ou o bem-estar da comunidade; e
 - d. o trabalho ou serviço que faça parte das obrigações cívicas normais.

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

A prova do 14º concurso do Ministério Público do Trabalho trouxe a seguinte proposição: *“O Pacto de San José da Costa Rica proíbe todo tipo de trabalho forçado ou obrigatório, inclusive ao presidiário”*. Está errado!

A prova de Delegado de Polícia de São Paulo 2014 trouxe a seguinte proposição: *“Considerando o disposto expressamente no Pacto Internacional de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969), a respeito do direito à vida e do direito à integridade pessoal, é correto afirmar que a pena de trabalhos forçados será vedada unicamente a menores de vinte e um anos e a maiores de setenta anos”*. Está errado pois, como vimos, admite-se a imposição de trabalho forçado acompanhando pena privativa de liberdade.

3.1.4. Direito à liberdade pessoal

A Convenção assegurou a liberdade pessoal dos indivíduos (art. 7º), prevendo que:

Artigo 7. Direito à liberdade pessoal