



Direitos humanos

Direitos humanos

Helisane Mahlke

© 2017 por Editora e Distribuidora Educacional S.A.
Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida ou transmitida de qualquer modo ou por qualquer outro meio, eletrônico ou mecânico, incluindo fotocópia, gravação ou qualquer outro tipo de sistema de armazenamento e transmissão de informação, sem prévia autorização, por escrito, da Editora e Distribuidora Educacional S.A.

Presidente

Rodrigo Galindo

Vice-Presidente Acadêmico de Graduação

Mário Ghio Júnior

Conselho Acadêmico

Alberto S. Santana

Ana Lucia Jankovic Barduchi

Camila Cardoso Rotella

Cristiane Lisandra Danna

Danielly Nunes Andrade Noé

Emanuel Santana

Grasiele Aparecida Lourenço

Lidiane Cristina Vivaldini Olo

Paulo Heraldo Costa do Valle

Thatiane Cristina dos Santos de Carvalho Ribeiro

Revisão Técnica

Gustavo Henrique Campos Souza

Leonardo Ferreira

Editorial

Adilson Braga Fontes

André Augusto de Andrade Ramos

Cristiane Lisandra Danna

Diogo Ribeiro Garcia

Emanuel Santana

Erick Silva Griep

Lidiane Cristina Vivaldini Olo

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Mahlke, Helisane
M214d Direitos humanos / Helisane Mahlke. – Londrina : Editora
e Distribuidora Educacional S.A., 2017.
200 p.

ISBN 978-85-522-0229-5

1. Direitos humanos. I. Título.

CDD 341.272

2017

Editora e Distribuidora Educacional S.A.
Avenida Paris, 675 – Parque Residencial João Piza
CEP: 86041-100 – Londrina – PR
e-mail: editora.educacional@kroton.com.br
Homepage: <http://www.kroton.com.br/>

Sumário

Unidade 1 A evolução histórica dos direitos humanos	7
Seção 1.1 - A evolução e o conceito de direitos humanos	9
Seção 1.2 - Dimensões dos direitos humanos	25
Seção 1.3 - Panorama histórico dos direitos humanos e a Constituição Federal de 88	35
Unidade 2 Os sistemas de proteção internacional de Direitos Humanos	53
Seção 2.1 - O Sistema Universal de Proteção aos Direitos Humanos	57
Seção 2.2 - Sistemas regionais de proteção aos Direitos Humanos	73
Seção 2.3 - Mecanismos internacionais de proteção e monitoramento de Direitos Humanos	87
Unidade 3 Os Direitos Humanos e a Ordem Jurídica Brasileira	101
Seção 3.1 - A Hierarquia dos Tratados de Direitos Humanos no Brasil I	104
Seção 3.2 - A Hierarquia dos Tratados de Direitos Humanos no Brasil II	120
Seção 3.3 - As instituições de defesa e promoção dos Direitos Humanos nos diversos Poderes da República	132
Unidade 4 Temas atuais de Direitos Humanos	149
Seção 4.1 - Transdisciplinaridade dos Direitos Humanos	151
Seção 4.2 - Direitos Humanos e acesso à justiça	167
Seção 4.3 - Temas diversos de Direitos Humanos	179

Palavras do autor

Caro aluno, seja bem-vindo à Disciplina de Direitos Humanos. Ao longo deste aprendizado, você conhecerá os principais fundamentos históricos e jurídicos da proteção aos Direitos Humanos, desde sua consagração nos diplomas nacionais e internacionais, como também os instrumentos que garantem sua efetividade.

O tema dos Direitos Humanos é essencial ao estudo do Direito, pois a expansão deste corpo jurídico nas últimas décadas faz com que ele se comunique com todas as demais áreas jurídicas. Além disso, a essencialidade da proteção da dignidade humana como elemento essencial da justiça faz com que os direitos humanos constituam o núcleo jurídico imutável de muitas Constituições, em especial a nossa. Assim, o estudo desses direitos e suas garantias torna-se fundamental na compreensão do sistema jurídico e na construção do Estado Democrático de Direito.

Por meio de um estudo proativo e dinâmico desenvolvido nesta disciplina, você será capaz de conhecer e interpretar os conceitos, princípios e características dos direitos humanos e seus documentos internacionais.

Na Unidade 1, estudaremos a “Evolução histórica dos direitos humanos”, tópico no qual você conhecerá e aplicará conceitos e documentos dos tratados internacionais de direitos humanos e a evolução histórica dos direitos humanos. Os seguintes tópicos serão abordados nessa unidade: o conceito de direitos humanos; a evolução histórica dos direitos humanos; os direitos humanos e o conceito moderno de estado; as dimensões de direitos humanos; a consagração dos direitos humanos na Constituição de 88; a resolução de conflitos e a interpretação dos direitos humanos.

A Unidade 2 apresentará o estudo dos sistemas de proteção internacional dos direitos humanos, contemplando os seguintes tópicos: o processo de internacionalização dos direitos humanos e os tratados internacionais sobre direitos humanos; a carta internacional dos direitos humanos; o pacto internacional dos direitos civis e políticos; o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC); convenções sobre os direitos da criança; outras convenções sobre direitos humanos; os sistemas regionais de direitos

humanos, com destaque para o interamericano; e o sistema global de proteção aos direitos humanos.

Na Unidade 3 estudaremos “os direitos humanos e a ordem jurídica brasileira”, contendo a análise sobre a hierarquia dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro; as instituições nacionais que se dedicam à proteção dos direitos humanos nos diversos poderes da República.

Por fim, a Unidade 4 tem por objetivo deixá-lo a par de importantes e atuais temas de direitos humanos, como a transdisciplinaridade; direitos humanos e acesso à justiça; e tópicos que trazem intersecção com a proteção dos direitos humanos como a questão dos refugiados, da segurança pública, da privacidade e liberdade religiosa.

Com essa breve apresentação de nossa disciplina, expomos a importância do estudo dos direitos humanos e convidamos você a mergulhar nesse conteúdo importantíssimo para sua formação jurídica e cidadã.

A evolução histórica dos direitos humanos

Convite ao estudo

Caro aluno,

Nesta unidade, vamos estudar a evolução histórica dos direitos humanos, iniciando por suas diferentes definições e conceitos ao longo de diferentes momentos históricos, bem como sua relação com o conceito moderno de Estado.

A unidade tem por objetivo fazer com que você compreenda como o contexto contribuiu para a consagração do rol de direitos que temos hoje. Além disso, você será capaz de conhecer e interpretar os conceitos, princípios e características dos direitos humanos e seus documentos internacionais e também será capaz de conhecer e aplicar conceitos de direitos humanos e sua evolução histórica. Ao final do estudo desta unidade, você será capaz de conhecer e aplicar conceitos e documentos dos tratados internacionais de direitos humanos e a evolução histórica dos direitos humanos.

Ao longo da história, os direitos fundamentais foram sendo consolidados e positivados nas Constituições dos Estados e, também, na legislação infraconstitucional. Contudo, a proteção desses direitos, quando aplicada na prática, suscita desafios aos operadores do Direito. Um desses desafios é o conflito entre direitos, ambos previstos e constitucionalmente garantidos, e a aplicação desses direitos face a situações concretas que desafiam sua interpretação. Vivemos em uma sociedade plural, na qual existem diversos grupos sociais, cada qual com sua orientação ideológica, filosófica, cultural e religiosa. Nesse contexto, tanto o legislador quanto os julgadores, frequentemente encontram casos que representam verdadeiros dilemas jurídicos.

Um exemplo desses casos é a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, que questionava a criminalização do aborto do feto anencéfalo. Tal ação, julgada no ano de 2012, decidiu que o aborto no caso da existência de feto anencéfalo não deve ser considerado crime. Com essa decisão, o Supremo Tribunal Federal (STF) acrescenta outra hipótese de descriminalização da prática do aborto àquelas já previstas no artigo 128 do Código Penal.

A partir desse contexto iremos desenvolver o estudo desta unidade sobre a evolução histórica dos direitos humanos, em três seções. Na Seção 1.1, trataremos da evolução histórica dos direitos humanos e seus conceitos; na Seção 1.2, estudaremos as diferentes dimensões de direitos humanos e na Seção 1.3, iremos desenvolver uma análise sobre o panorama histórico dos direitos humanos e seu reflexo na Constituição de 1988.

Caro aluno, vamos conhecer um pouco mais sobre a evolução histórica dos direitos humanos? Bom estudo!

Seção 1.1

A evolução e o conceito de direitos humanos

Diálogo aberto

Caro aluno, nesta seção, nós estudaremos a evolução histórica dos direitos humanos.

Mas, por que esse estudo é importante? Conhecer a evolução histórica dos direitos humanos nos permite compreender como tais direitos foram sendo conquistados, ou seja, em que contexto eles foram forjados e como foram se transformando até os dias de hoje. Ter esse conhecimento lhe permitirá compreender a importância desses direitos e o motivo pelo qual eles formam a base do que chamamos “Estado democrático de Direito”. Por exemplo, parece natural para você escolher sua religião ou mesmo votar em seu candidato nas próximas eleições. Mas, saiba que isso nem sempre foi tão simples; muitas pessoas lutaram para que esses direitos hoje fizessem parte da nossa realidade e estivessem positivados em nossa Constituição.

Nesta unidade, propomos uma situação bastante delicada do ponto de vista jurídico: a questão do aborto do feto anencéfalo. Conforme mencionado, essa situação polêmica foi objeto de um julgamento histórico do STF. Tal julgamento expôs posições contrárias de diversos grupos de nossa sociedade, demonstrando que a proteção dos direitos humanos está sujeita a divergências e conflitos. Essas divergências não estão necessariamente no reconhecimento desses direitos, mas da interpretação que damos a eles e de quais são os seus limites, na medida em que eles se chocam com outros direitos igualmente protegidos pela lei.

Você, na posição de Assessor do Ministro, foi chamado a auxiliá-lo na construção do voto para o julgamento em tela. Assim, o magistrado apontou alguns pontos essenciais que deveriam estar presentes na análise do caso. Um deles é o “o direito à vida”. Esse direito foi confrontado, no Acórdão do caso em tela, com diversas teorias sobre seu início, as quais foram possíveis a partir da evolução da ciência. Além disso, nós ainda temos questões religiosas envolvidas, entendidas como parte da sociedade na qual vivemos. Desta forma, outro ponto que deveria estar presente na análise do caso, segundo

as ponderações do Ministro é, diante desses fatores sociais, como você analisaria a evolução desses direitos e sua afirmação no Estado Moderno? Qual a relação entre o direito à vida e a dignidade da pessoa humana que se apresenta no caso, diante da evolução histórica dos direitos humanos? Com base nessas ponderações, você auxiliará o Ministro na elaboração do voto, contribuindo para a reflexão necessária a essa situação jurídica.

Caro aluno, a partir da situação-problema descrita acima, você abordará os seguintes conteúdos: o conceito de direitos humanos, sua evolução histórica e a sua relação com a construção do Estado Moderno. Você está pronto para refletir sobre essas questões essenciais de nossa disciplina? Saiba que elas serão fundamentais em todo o curso! Então, bom trabalho!

Não pode faltar

Primordial é definir o que são “direitos humanos”, tal como compreendemos hoje, para então avaliarmos sua evolução histórica. Eles podem ser considerados como um conjunto de valores comuns à humanidade, entendidos individual ou coletivamente, considerados inerentes à natureza humana e, portanto, não cabe ao direito constituirlos, mas apenas declará-los, são inalienáveis e imprescritíveis por princípio.

Alguns princípios são atribuídos a esses direitos, como a universalidade, imprescritibilidade, indivisibilidade, complementaridade e inalienabilidade. Tais princípios, mais do que características que podem ser atribuídas a esse conjunto de direitos, são parâmetros utilizados para sua aplicação jurídica.

Porém, para compreendermos a concepção moderna de direitos humanos, é necessário entendê-los como fruto de um processo histórico de construção de valores comuns à humanidade. A concepção que temos hoje de direitos humanos foi sendo construída ao longo da história, acompanhando a evolução e as necessidades da humanidade. Assim, os direitos humanos são fruto da sua época.

Em sequência, vamos acompanhar a evolução histórica da concepção de direitos humanos, em distintas épocas. No entanto, mais do que mencionar eventos históricos significativos, essa divisão cronológica visa à reflexão sobre a transformação da sociedade e como ela influenciou o pensamento humano.

A antiguidade também produziu o Cosmopolitismo de Diógenes, o Cínico (412–323 a.C.) e o Estoicismo de Zenão de Citium (334–262 a.C.). Ambas as filosofias baseavam-se em uma concepção racional dos direitos do homem, inerentes à própria natureza humana, como princípio organizador da vida, na unidade moral e dignidade do homem, que era um ser dotado de liberdade e razão. Esse pensamento foi a gênese do chamado “Direito Natural”, que a conhecemos hoje e do estabelecimento de direitos humanos universais, ou seja, que transcendem a fronteira jurídica soberana dos Estados.

A Democracia Ateniense e a República Romana trouxeram a limitação do poder dos governantes e atribuíram essa prerrogativa ao povo, que pela primeira vez na história governou a si mesmo. Isso se deu pela construção do conceito de cidadania e participação popular nas decisões do Estado, como representação dos direitos civis e políticos que temos hoje, bem como, pelo respeito à Lei estabelecida com legitimidade. O legado dessas duas civilizações influenciou sobremaneira a construção política europeia até os dias atuais.

A adoção do Cristianismo como religião oficial do Império Romano propagou os valores da nova religião pela vastidão continental, na qual estendia seu domínio ocidental e oriental. Durante a Idade Média, a concepção de Direitos Humanos foi fortemente influenciada pelo pensamento cristão. A concepção teológica do “Direito Natural”, na qual se estabelecia o princípio da igualdade essencial de todos os seres humanos, independentemente das diferenças culturais e biológicas. Segundo essa doutrina, o Direito Natural é proveniente da ética oriunda da observação das leis da natureza, leis estas entendidas sob a perspectiva da criação divina (projeto de Deus para a humanidade).

Um dos pensadores mais proeminentes da época foi São Tomás de Aquino (séc. XIII), que defendia a existência de uma Lei Eterna, conhecida somente por Deus; uma Lei Divina, que era a parte da Lei Eterna revelada à Igreja; a Lei Natural, manifestação da Lei Eterna implícita na natureza, a qual o homem descobre por meio da razão; e, por fim, a Lei Humana, positivada pelo legislador. Santo Agostinho (séc. XIII), revê o idealismo platônico na concepção de “De Civitas Dei” (Cidade de Deus), arquétipo de um Estado perfeito, modelo para os homens, considerados iguais, por serem filhos do mesmo Deus único.

Durante a Idade Média, a sociedade europeia era formada por três estamentos: a nobreza, o clero e o povo, governados pelas leis

impostas pelo Monarca. Porém, um importante documento da época viria representar a possibilidade de limitação do poder desse mesmo monarca. A “Magna Carta”, declarada pelo Rei John da Inglaterra, de 1215, concedia direitos e liberdades aos senhores feudais da época e também aos representantes da igreja. Segundo Fábio Comparato (2015, p. 92), o caráter inovador desse documento foi estabelecer que a existência desses direitos independia do consentimento do monarca e, portanto, não poderiam ser modificados por ele, em função do reconhecimento dos direitos subjetivos dos seus governados. Nesse fato estaria a semente da democracia moderna.

A idade moderna trouxe profundas transformações na sociedade europeia, sobretudo por modificações na estrutura econômica, que propiciaram o advento de uma nova classe na sociedade da época: a burguesia. Essa classe, buscava maior participação nas decisões do Estado e promoveu a transição do Estado Absolutista, centrado na figura do monarca, para um Estado que refletisse os interesses do indivíduo, sua liberdade, bem-estar e desenvolvimento.

A “Era das Luzes”, resgatava a compreensão racional clássica dos direitos humanos, ressaltava a liberdade e defendia a participação democrática das demais camadas da sociedade até então negligenciadas pelo clero e pela nobreza. O Iluminismo, o Jusnaturalismo e o Contratualismo, influenciaram o “Renascimento” das artes e ciências e também do pensamento político. Inspiradas nesse pensamento, revoluções importantes ocorreram na Europa e no Novo Mundo (a América), que mudaram para sempre a construção da sociedade e do Estado. Dessas manifestações, resultaram alguns documentos de importância histórica, cuja construção jurídica e filosófica serve de inspiração para o reconhecimento da cidadania e dos direitos democráticos para postulações posteriores.



Vocabulário

Vamos compreender um pouco mais desses termos?

Era das Luzes: termo que remete ao período vivido na Europa entre os séculos XVII e XVIII, outro nome para o Iluminismo, que pode ser considerado um conjunto de ideais filosóficos e políticos, que tem como representantes Jean-Jacques Rousseau, John Locke e Immanuel Kant, dentre outros.

Renascimento: alusão ao período que marcou as artes e ciências durante a Idade Moderna, que resgatava a antiguidade clássica, especialmente quanto à revalorização de um ideal humanista e naturalista.

Dentre esses documentos, no Estado inglês, podemos destacar o *Bill of Rights* (1689), fruto da “Revolução Gloriosa” ocorrida na Inglaterra, no mesmo período, que retirava parte do poder do monarca, transferindo esse poder para o Parlamento, como representante do povo. Alguns anos antes, o *Petition of Rights* (1628) consagrava uma série de liberdades aos súditos e no qual o Parlamento solicitava o respeito às instituições legislativas e judiciais já previsto na Magna Carta, mas que eram reiteradamente violados pela monarquia. Além desses, o *Habeas Corpus Act* (1679) garantia as liberdades individuais e suprimia a possibilidade de prisões arbitrárias, frequentemente usadas como instrumento de pressão política contra opositores. E ainda, o *Act of Settlement* (1701), ato de sucessão ao trono, soma-se aos documentos que visavam garantir a liberdade do indivíduo, a propriedade privada e a coibir os desmandos reais.

Outro evento marcante do período foi a Independência dos Estados Unidos da América, a primeira colônia a se declarar independente. Após um sangrento conflito, as treze colônias americanas conseguiram sua almejada independência no ano de 1776. Fortemente influenciada pelos ideais iluministas e republicanos, a Independência Americana contribuiu para a propagação de valores consagrados na Declaração de Virgínia de 1776, a Declaração de Independência dos EUA (1776), Declaração Norte-Americana (1787). A independência americana influenciou outras revoluções no mundo, sobretudo na Europa e, mais tardiamente, na América do Sul. A Revolução Francesa é a mais notória delas, e a sua grande contribuição para a afirmação histórica dos direitos humanos está manifesta na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e Constituição Francesa de 1791, na qual, pela primeira vez, foram reconhecidos direitos humanos de caráter social, e prevê um ensaio ao controle de constitucionalidade previsto na disposição que impõe que “o Poder Legislativo não poderá fazer nenhuma lei que prejudique ou impeça o exercício dos direitos naturais e civis, consignados no presente título e garantidos pela Constituição”.



O contratualismo significa uma corrente de pensamento que marcou a Idade Moderna e que repercute até hoje no reconhecimento de direitos previstos em nossa Constituição e na própria construção do Estado Moderno. Esse conceito pressupunha um “contrato” ou “pacto” feito entre o cidadão e o Estado para que este organize a vida em sociedade. Nessa teoria, o Estado é o ente capaz de assegurar e promover os “direitos fundamentais”, aqui compreendidos como os direitos humanos reconhecidos e positivados na esfera constitucional de um Estado. É no contratualismo que buscamos não a justificação dos direitos humanos, mas sua proteção. Seus expoentes foram Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau – pensadores iluministas que revolucionaram a relação entre a sociedade e o Estado. Mais detalhes sobre o pensamento de cada um deles, busque a lição da Disciplina de Filosofia do Direito. Vale a pena relacionar o conteúdo dessas duas disciplinas!

O início da Idade Contemporânea trouxe o resultado dos efeitos nefastos da expansão do capitalismo. Tal modelo econômico, se, por um lado, acompanha e promove certas liberdades, por outro, produz desigualdades que corroem a sociedade e expõem indivíduos a condições desumanas de vida, à exploração da mão de obra em nome do lucro e à supressão de direitos básicos. A situação a que eram submetidos os trabalhadores das fábricas forjou um novo elemento na discussão sobre direitos humanos: o valor do trabalho e o bem-estar dos trabalhadores. A denúncia da exploração promovida pelo modelo capitalista e a necessidade de mudanças sociais, refletiu-se no Manifesto Comunista (1848) de Marx e Engels. O Marxismo promoveria a tentativa de “revolucionar” a estratificação social causada pelo conflito de classes, histórica e materialmente determinado. Segundo o pensamento marxista, existiam duas classes: a burguesia, detentora dos meios de produção, e o proletariado, aliado dos meios de produção e que só tinha como bem sua força de trabalho. O lucro capitalista viria da “mais-valia”, exploração do valor do trabalho do proletariado, pela burguesia. Essa condição era historicamente recorrente e materialmente determinada pela condição econômica. O eterno conflito de interesses entre essas duas classes só seria superado pela revolução. Esse pensamento influenciou as revoluções socialistas na Rússia (1917), China (1949) e Cuba (1959), por exemplo.

A Igreja Católica, do alto de sua importância política, ideológica e religiosa, também reagiu a essas condições sociais desumanas. Sua manifestação veio com a Encíclica *Rerum Novarum* (1891), proferida pelo Papa Leão XIII, que define os direitos e as responsabilidades do capital e do trabalho; descreve a justa função do governo; defende os direitos dos trabalhadores à organização de associações para tentarem conseguir salários e condições de trabalho justas. Tal documento inaugura a “Doutrina Social da Igreja”, que elege princípios: a) Princípio da dignidade da pessoa humana; b) Respeito à vida humana; c) Direito de associação; d) Direito de participação; e) Opção preferencial pelos pobres; f) Princípio da solidariedade; g) Princípio da subsidiariedade; h) Princípio do bem comum; i) Princípio da destinação universal dos bens.

Na esteira das preocupações sociais, alguns países tomaram a iniciativa em consagrar direitos dos trabalhadores em suas Cartas Magnas. Os mais notórios são a Constituição Mexicana (1917), que foi a primeira Constituição a reconhecer os direitos dos Trabalhadores, direitos previdenciários, e a Constituição Alemã de Weimar (1919), que consagrava uma série de direitos como educação, trabalho, saúde e liberdade religiosa, convertendo-se em uma influência decisiva no constitucionalismo do período após a Primeira Guerra – essa influência inclui a Constituição Brasileira de 1934.

O século XIX e início do século XX marcaram uma intensa competição entre os países europeus por mercados consumidores e matérias-primas em uma voraz expansão do capitalismo imperialista (conceito cunhado por Vladimir Lenin). Os frequentes conflitos na Europa por expansão e conquista vitimavam a população civil e expunham os beligerantes a condições deploráveis, tudo para a satisfação dos interesses políticos dos Estados. Porém, o direito internacional em construção e difusão de valores universais resultaram no advento da Convenção de Genebra (1889), que foi a gênese do Direito Humanitário. Pela primeira vez houve um documento que garantia a proteção do indivíduo em tempos de guerra e coibia abusos cometidos em conflitos.

Porém, a humanidade ainda presenciaria duas guerras mundiais – Primeira Guerra (1914–1919) e a Segunda Guerra (1939–1945) – e suas consequências catastróficas para os direitos humanos fizeram com que surgisse a necessidade de construir um sistema internacional de proteção a esses direitos e instituições capazes de promover a

paz entre os povos. A criação da Organização das Nações Unidas (ONU) teve esse intuito em sua gênese: a Carta das Nações Unidas, ou Carta de São Francisco (1945). O estabelecimento do Sistema ONU, formado por todas as organizações internacionais integradas às Nações Unidas marcam uma nova fase na proteção dos direitos humanos, pois seus organismos representam instrumentos universais de afirmação desses direitos, até então inexistentes. O horror do holocausto e da devastação causada pelas bombas nucleares em Hiroshima e Nagasaki, revelaram a fragilidade da vida humana diante dos delírios de poder das grandes potências. Tornava-se urgente uma resposta da comunidade internacional que afirmasse valores humanos universais, reconhecendo os direitos da pessoa humana, para além das fronteiras dos Estados. O resultado dessa constatação foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que constitui o principal documento de proteção aos direitos humanos, sobretudo porque é a partir dele que o indivíduo passa a ser considerado sujeito de direitos no plano internacional.

A Guerra Fria trouxe o confronto entre ideologias opostas, manifestada em conflitos ocorridos em países do “Terceiro Mundo”, na qual as potências principais da época (Estados Unidos e União Soviética) encenavam seu “enfrentamento indireto” apoiando grupos políticos nacionais alinhados com seus interesses. Esse embate entre o bloco capitalista e comunista promoveu a instauração de ditaduras cruéis ao redor do mundo, patrocinadas pelas potências competidoras, trazendo a supressão da democracia e a violação sistemática dos direitos humanos em países periféricos.

Esse período, porém, produziu documentos internacionais importantes, como o Pacto dos Direitos Civis e Políticos e Pacto dos Direitos Sociais e Econômicos (1966) e Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, 1969), em uma tentativa política de reafirmar direitos que eram violados pelos mesmos dirigentes que diziam defendê-los.

Outro marco da evolução histórica dos direitos humanos foi a criação da Instituição Internacional que, pela primeira vez, retira o escudo da proteção conferida pela função e interesse do Estado e pune o indivíduo violador desses direitos: o Tribunal Penal Internacional (1998). A partir do advento do Estatuto de Roma, o respeito aos direitos humanos atinge um patamar verdadeiramente transnacional.

A globalização econômica, as redes de comunicação, transporte, o intenso fluxo de pessoas, impinge novos desafios à afirmação dos Direitos Humanos. O principal efeito é a possibilidade de criação de uma rede de solidariedade internacional, fomentada pela partilha de interesses e valores comuns à humanidade, somente possível pelo crescente desenvolvimento da uma sociedade civil internacional. Porém, a globalização também tem seu processo excludente, na medida em que acentua desigualdades e conflitos entre civilizações histórica, cultural e politicamente diferentes. Essa nova configuração da realidade transnacional implica a discussão sobre uma cidadania global e o desafio de como torná-la efetiva, sendo que não há no plano internacional uma autoridade supranacional capaz de garanti-la. Esse é o grande desafio da proteção dos Direitos Humanos no século XXI.

Após verificarmos um breve histórico da evolução dos Direitos Humanos, podemos observar que estes, abstratamente considerados na legislação e nos diplomas internacionais, tomam vida em casos concretos, os quais demonstram a complexidade de sua aplicação e a necessidade do esforço jurídico para torná-los efetivos.



Exemplificando

Podemos, aqui, mencionar um exemplo da complexidade que a proteção dos direitos humanos pode manifestar em diversas sociedades. Há alguns anos, um artista renomado inaugurou sua exposição no Museu de Arte Moderna em Nova York. Uma de suas obras trazia uma imagem de Nossa Senhora, importante ícone religioso para católicos do mundo inteiro, feita de estерco. Tal obra foi considerada extremamente ofensiva pelos católicos. Então, como você se posicionaria? Deve prevalecer o direito do artista em expor sua arte, ou a obra deveria ser retirada por ofender a fé de uma religião específica?

Outro exemplo interessante, este ocorrido em nosso país, foi o caso Ellwanger, no qual este senhor produziu uma obra que abordava elementos do Nazismo e continha incitação ao racismo. Veja, esse caso demonstra que a liberdade de expressão não pode ser um instrumento ou veículo de um crime, neste caso, o crime de racismo. O racismo é crime imprescritível em nossa Constituição Federal e verdadeira afronta aos princípios da igualdade e da universalidade dos direitos humanos. Por outro lado, se temos casos em que a liberdade de expressão confronta-se com valores religiosos, também temos casos nos quais a intolerância

religiosa faz com que indivíduos violem os direitos humanos daqueles que professam outra fé, ou mesmo são agnósticos. Em nosso país, episódios de violência contra símbolos e instituições religiosas, ou mesmo pessoas que seguem determinados credos, têm sido recorrentes.

Diante de exemplos como esses, os operadores do direito buscam guarida nos princípios que guiam a interpretação dos direitos humanos. Um deles é o princípio da “dignidade da pessoa humana”. Mas, você sabe como surgiu esse conceito e como ele foi sendo construído ao longo da história?

Foi durante o Período Axial que surgiu a ideia de igualdade entre os homens, porém somente após a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, é que se reconheceu que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Segundo Fábio Comparato (2015, p. 24), essa concepção da igualdade de direitos entre os seres humanos é vinculada ao surgimento da “lei escrita” aplicável a todos os indivíduos que vivem em sociedade, como das “leis não escritas”, de caráter geralmente religioso e que, por terem caráter universal, não estavam adstritas a um único povo ou nação. Essas leis não escritas primavam pelo cunho religioso, primordialmente, e natural-racional, posteriormente, à concepção de “leis comuns” à sociedade que as produzia, chamada de *ius gentium*, ou direito dos povos. A igualdade entre os homens diferenciava a individualidade do sujeito, com a função social exercida por ele (essa função, ou “máscara” social, foi chamada de “persona”). Os estoicos, posteriormente, aprimoraram a diferenciação entre a máscara social e a individualidade do homem, que passou a ser chamada de “personalidade”. O Cristianismo também trouxe sua contribuição para a afirmação da igualdade entre os seres humanos, com base na “filiação divina”. No entanto, Boécio (séc. V) propõe uma nova visão sobre a pessoa, que guardava semelhança com a visão de Aristóteles, proclamando que “*persona proprie dicitur naturae rationalis individua substantia*” (trad.: diz-se propriamente pessoa a substância individual de natureza racional). Essa percepção foi adotada por São Tomás de Aquino, durante o medievo e dela decorre desde então o princípio da igualdade essencial entre os homens. Outra influência fundamental na construção desse conceito foi trazida por Immanuel Kant, que apregoava que todo ser racional existe como um

fim em si mesmo, somente os seres racionais poderiam ser nominados “pessoas”. É nessa visão que está a percepção de que as pessoas têm dignidade (valor absoluto) e as coisas têm preço (valor relativo). Assim, o termo “dignidade da pessoa humana” não pode ser entendido como um pleonismo. As normas são formuladas segundo preferências valorativas dos seres humanos que as criam e que se submetem voluntariamente a elas. Nessa perspectiva, os direitos humanos são considerados valores comumente aceitos pelas sociedades e sem os quais haveria a sua autodestruição. Por fim, o século XX trouxe uma nova elaboração para o conceito de pessoa, especialmente por influência da filosofia existencialista, de que a essência da personalidade humana não se confunde com o seu papel na sociedade. Porém, o sujeito não está dissociado do seu meio, mas antes, é fruto dele. Sendo assim, a essência do homem é mutável, um contínuo devir, forjada pelas experiências do passado e evolutiva não apenas no plano biológico, mas no cultural e social.

Com base no conteúdo acima, como você analisa o conceito de direitos humanos? Você pode verificar que os direitos foram sendo forjados ao longo da história. Porém, para além dessa constatação, podemos dizer que o próprio conceito que damos a eles também foram mudando ao longo das eras. Dessa forma, podemos deduzir que os direitos são mutáveis em seu conteúdo, extensão e também em titularidade.



Refleta

Veja, podemos citar como exemplo o direito à participação política. Até a década de 1930, mulheres não podiam votar no Brasil. Realidade muito diferente da que temos hoje, pois já tivemos uma mulher ocupando a Presidência da República e diversos outros cargos públicos como governadoras, prefeitas, deputadas, senadoras e vereadoras. Direitos antes negados, agora são reconhecidos. Observe, por exemplo, o caso da demarcação das Terras Indígenas, reconhecimento do direito desse povo à sua terra, outrora usurpada pelo colonizador, símbolo de respeito e preservação de sua cultura e a tentativa de sanar uma dívida histórica do país para com seus povos nativos.

Também, podemos citar a união civil entre pessoas do mesmo sexo, a questão do reconhecimento do nome social em razão da mudança

de gênero. Direitos que não faziam parte do nosso vocabulário legal até pouco tempo. Sendo assim, observamos que os direitos mudam conforme a sociedade muda também. Mas, quais fatores são necessários para isso? Como as mudanças sociais se refletem na consagração dos direitos e na interpretação que damos a eles?

Além disso, sempre pensamos na evolução histórica dos direitos humanos. Contudo, pode haver uma involução, ou seja, um retrocesso? Verificamos, ao longo da história, sociedades que suprimiram direitos já conquistados por seus cidadãos. Como exemplo, nos regimes nazistas e fascistas do início do século XX, ou mesmo durante a Ditadura no Brasil. Será que a evolução dos direitos humanos é sempre afirmativa? O que pode levar ao retrocesso? Quais são os obstáculos para o reconhecimento dos direitos humanos?

Por outro lado, também há outro fator importante a se considerar quando falamos do conceito de "Direitos Humanos", que é a discussão sobre universalismo e relativismo. Explicando melhor: os direitos humanos são mesmo universais, ou seja, basta a condição humana para que tais direitos sejam reconhecidos? Na verdade, o que vemos é uma grande diversidade de povos, crenças, ideologias, o que reflete em diferentes interpretações que eles dão ao que são direitos humanos e como eles devem ser aplicados.

Se considerarmos nossa própria sociedade, podemos observar também grande diversidade de grupos sociais, crenças, ideologias e interesses que fazem com que o conceito de Direitos Humanos não seja pacífico. Diante desse quadro, você pode constatar o grande desafio do jurista ao ter que dar atribuir concretude à "letra fria da lei".



Pesquise mais

Que tal ampliar seu conhecimento sobre os temas tratados? Que tal assistir ao filme, dirigido por Margarethe Von Trotta, que conta a experiência de Hannah Arendt ao relatar o julgamento de Adolf Eichmann em Jerusalém, e que resulta na obra *Eichmann em Jerusalém*, tanto o filme quanto o livro são um convite à reflexão sobre a condição humana e uma abordagem interessante sobre a questão dos direitos humanos em regimes ditatoriais.

Outra recomendação é a animação *Persépolis*, de Marjane Satrapi. O filme relata o período da revolução Iraniana e todas as transformações que o país passou sob a ótica de uma menina. A obra autobiográfica de Satrapi aborda com sensibilidade temas como liberdade, condição da mulher, perseguição política e religiosa, enfim, é um lindo conto sobre o choque entre as diferentes ideologias (sejam políticas ou religiosas) e a proteção dos direitos humanos.

Sem medo de errar

Na situação-problema proposta nesta seção, você foi instado a analisar um dos direitos humanos envolvidos no caso do aborto do feto anencéfalo: o direito à vida. Tal direito, que parece óbvio, na verdade é fruto das conquistas liberais. No Estado Medieval, os servos pertenciam à terra e ao Senhor Feudal, no Estado Absolutista, o Rei podia dispor da vida de quem quer que fosse, segundo sua lei. No Estado liberal, contudo, temos o direito à vida associado à construção de um ideal de liberdade individual. Porém, o desenvolvimento da ciência nos leva a uma nova fronteira de conhecimento sobre quem somos e quais os limites de nossa existência. Além disso, não se pode ignorar que essa compreensão é permeada por elementos religiosos, filosóficos e ideológicos, além dos científicos, e que tais são passíveis de mudança ao longo de épocas distintas e em grupos sociais diversos. Refletir sobre esses fatores e seu impacto na proteção dos direitos humanos é a grande provocação feita a você, diante desse caso.

No quadro descrito, é possível analisar o quanto tais conceitos foram importantes para a consagração do Estado Moderno, bem como como eles se modificaram ao longo da história até chegar ao caso que se apresentou à nossa Corte Constitucional.

Nesse caso, a mãe teria o direito de dispor da vida do feto, uma vez que ele somente sobrevive, pois faz parte dela? O feto poderia ser considerado uma vida independente da mãe e, portanto, também sujeito de direitos? Sendo que a questão teria flagrante repercussão no âmbito social e jurídico, pode o Estado interferir na esfera de liberdade da mãe? Como se relacionam, no caso, o direito à vida e a dignidade da pessoa humana, face à evolução histórica dos direitos humanos?

Essas provocações representam algumas reflexões que podem surgir à medida em que você, na posição de assessor do Ministro, terá que auxiliá-lo na relatoria do caso.

Porém, mais do que isso, tais questões irão lhe auxiliar na reflexão sobre nosso conteúdo. Afinal, compreender que os direitos humanos não são normas estáticas, mas dinâmicas, sempre buscando suprir a necessidade de regulamentar a vida em sociedade.

Avançando na prática

O direito à saúde

Descrição da situação-problema

Você é advogado recém-contratado por uma organização não governamental de direitos humanos que presta auxílio a pessoas que sofreram violações desses direitos, promovendo o acesso à justiça e responsabilidade do Estado. Em seu trabalho, uma situação peculiar chegou até você. Uma mãe, com seu filho doente, procura a organização, relatando que seu filho é portador de uma doença incurável e que necessita de medicação específica e muito cara, a qual não pode ser adquirida pela família. A mãe relatou que procurou o poder público para que fornecesse o medicamento, o qual disse que não poderia fazê-lo, alegando falta de recursos para tanto.

Após ouvir o relato desesperado da mãe do menino, você decide agir juridicamente para que a criança tivesse acesso ao medicamento. Mas, antes, cabe refletir: o menino teria direito ao medicamento? Em caso positivo, como você fundamentaria seu pedido em uma ação interposta cobrando tal responsabilidade do poder público? O poder público tem o dever de fornecê-lo, mesmo diante da alegação de falta de recursos? Esse pedido poderia estar abarcado pela satisfação do direito à saúde?

Resolução da situação-problema

Em sua petição, você poderia alegar que o menino possui o direito de receber o medicamento, baseado, sobretudo, no respeito ao direito à vida (caput do art. 5º) e o direito à saúde (art. 6º, caput). O Estado possui o dever de respeitar tais direitos, consagrados em

sua Constituição. É importante mencionar que a responsabilidade do Estado na proteção dos Direitos Humanos de seus cidadãos é dever estabelecido em sua Constituição. A Constituição do Estado e os direitos nela contidos são resultado de lutas e revoluções, que levaram à construção do Estado Moderno. O respeito e compromisso com a efetividade dos direitos nela contidos, são a expressão do Estado Democrático de Direito.

Faça valer a pena

1. Os direitos humanos possuem princípios essenciais à sua proteção e, também, à interpretação das normas a que eles se referem. Tais princípios são levados em consideração quando da aplicação desses direitos.

Levando em consideração tais princípios, qual não se refere aos Direitos Humanos?

- a) Universalidade.
- b) Inalienabilidade.
- c) Finalidade.
- d) Complementaridade.
- e) Igualdade.

2. As revoluções liberais foram essenciais para a consagração dos direitos humanos, muitos deles presentes nos principais documentos normativos forjados neste importante momento histórico e que repercutem até hoje. Considerando as revoluções liberais e sua contribuição para a afirmação histórica dos direitos humanos, considere a alternativa correta:

- a) A Revolução Francesa foi um golpe de Estado que trouxe de volta a Monarquia, acabando com os poderes do Parlamento.
- b) A Revolução Gloriosa foi promovida pela Igreja Católica, unificando sua influência por toda a Europa.
- c) A Revolução Americana unificou os Estados Unidos, porém subordinou a propriedade privada ao Estado e alijou os cidadãos de seus direitos políticos.
- d) A Revolução Francesa foi um movimento de inspiração positivista, contrário aos valores iluministas da época, os quais endossavam o poder da monarquia.
- e) A Revolução Francesa, tal qual a sua antecessora, a Revolução Americana, foi inspirada nos valores iluministas da liberdade e da igualdade.

3. O século XX foi repleto de grandes transformações que mudaram a configuração política do mundo, confrontou a humanidade com os

horrores de guerras de proporções mundiais e assistiu ao início da institucionalização que propiciou mecanismos internacionais de proteção aos direitos humanos.

Sobre tais eventos que marcaram o século XX e sua repercussão sobre a evolução dos Direitos Humanos, assinale a alternativa correta:

- a) A Carta Internacional dos Direitos Humanos é formada por três documentos seminais destinados à consagração e proteção destes direitos: a Convenção Americana de Direitos Humanos; o Pacto dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais; o Pacto dos Direitos Civis e Políticos.
- b) No seio da Organização das Nações Unidas a elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos, documento que reconheceu o indivíduo como sujeito de direitos pela primeira vez, em nível internacional.
- c) No século XX vimos vários direitos sociais serem incluídos nas Constituições Nacionais dos Estados, tais direitos foram consagrados pelo advento do capitalismo liberal e a competição entre as nações.
- d) A ONU foi um arranjo entre países vencedores da Segunda Guerra Mundial para a manutenção do seu poder, por essa razão não foi capaz de contribuir para a proteção dos direitos humanos.
- e) O século XX trouxe muitos avanços na proteção dos direitos humanos, porém uma grande lacuna é a falta de uma instituição capaz de punir indivíduos que tenham cometido tais violações.

Seção 1.2

Dimensões dos direitos humanos

Diálogo aberto

Olá, aluno,

Vamos relembrar o caso que serve de parâmetro para nossa análise. Trata-se do julgamento sobre a criminalização ou não do aborto do feto anencéfalo (ADPF nº 54). Na situação proposta, seu papel é ser assessor do Ministro Relator, tendo o dever de auxiliá-lo no que for necessário para a elaboração do voto. Diante dessa tarefa, cabe a você, agora, auxiliá-lo na análise dos direitos invocados, considerando seus fundamentos históricos e fazendo uma análise normativa desses direitos na nossa Constituição Federal. Veja o trecho no qual tais direitos estão apontados, de forma sumária, na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental:

Na questão aqui proposta, os preceitos fundamentais vulnerados são: o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, IV), um dos fundamentos da República Brasileira; a cláusula geral da liberdade, extraída do princípio da legalidade (art. 5º, II); direito fundamental previsto no Capítulo dedicado aos direitos fundamentais e coletivos; e o direito à saúde (art. 6º e 196), contemplado no Capítulo dos direitos sociais e reiterado no Título reservado à ordem social (ADPF nº 54).

”

Para tanto, é essencial que você, como assessor do ministro, verifique: que direitos são esses e quais seus fundamentos, sua proteção? Quais argumentos foram usados na ação para sustentar a invocação desses direitos? A quais dimensões de direitos eles pertencem? Existe hierarquia entre eles? Essa análise é importante para que você possa auxiliar o ministro na elaboração do voto, pois tais questões comporão a análise que fará do caso para emitir sua decisão.

Diante dessa importante tarefa, vamos compreender melhor quais são as diferentes dimensões de direitos humanos.

Bom estudo!

Não pode faltar

Nesse momento, vamos estudar a classificação dos direitos humanos em diferentes dimensões. Você poderá verificar que essa classificação, além de didática, nos ajuda a contextualizar o surgimento desses direitos e seus fundamentos. Os direitos humanos podem ser classificados em dimensões, ou gerações como preferem alguns, de direitos, segundo sua evolução histórica e quem são os credores e devedores desses direitos. A seguir vamos compreender a expressão dos direitos humanos em suas mais variadas dimensões, pois mais do que mera classificação, essa perspectiva auxilia no reconhecimento e afirmação desses direitos. Lembre-se que, nessa seção, você continuará exercendo o papel de assessor do ministro, auxiliando-o na elaboração do voto no caso da ADPF nº 54 e, para bem realizar essa tarefa, será fundamental compreender as dimensões de direitos e a complementaridade dos direitos humanos.

Direitos de primeira dimensão

Os Direitos Humanos de Primeira Dimensão compreendem as liberdades públicas, direitos civis e políticos, sobretudo, os quais necessitam de uma abstenção do Estado para garantir a liberdade do indivíduo e o reconhecimento dos seus direitos subjetivos. Correspondem ao direito à vida, à liberdade, proibição da tortura e tratamento cruel, à concessão de asilo e refúgio, liberdade de opinião, direito à propriedade, à intimidade. São também chamados de liberdades públicas negativas, ou “direitos negativos”, pois para sua efetividade dependem de uma prestação “negativa” do Estado. São matérias de domínio da atividade humana, de defesa do indivíduo em relação ao Estado.

Direitos de segunda dimensão

Correspondem aos direitos sociais, culturais e econômicos, que nascem com o princípio da igualdade. Representam uma dívida da sociedade para com o indivíduo, requerendo uma prestação do Estado para que sejam efetivados, no sentido de suprir as carências humanas individuais e as desigualdades sociais, sendo chamados de “direitos positivos”. São assim designados, pois advêm da participação no bem-estar social, que deve ser garantido por uma sociedade justa e equânime. Como exemplo, podemos citar o direito à seguridade social, à educação, à cultura, a condições justas de trabalho.

As liberdades individuais podem se colocar em contraposição às liberdades públicas, pois, enquanto as primeiras consideram o indivíduo isoladamente, as públicas referem-se ao homem como “ser social”, ou seja, para serem efetivas devem ser consideradas sob o contexto social no qual o sujeito está inserido. Os direitos de segunda dimensão provêm dos efeitos da Revolução Industrial e das péssimas condições de trabalho a que eram submetidos os operários das fábricas, fomentando vários movimentos sociais que buscavam o reconhecimento dos direitos dos trabalhadores e o fim da exploração que usurpava a dignidade humana em nome do lucro capitalista.



Pesquise mais

Que tal conhecer um pouco mais sobre esses direitos? Seguem algumas dicas para que você possa aprofundar seus estudos:

Uma delas é a Biblioteca de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo. Lá você tem acesso a um extenso arquivo de documentos sobre direitos humanos para suas pesquisas.

Biblioteca virtual de direitos humanos. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/>>. Acesso em: 6 jun. 2017.

Outra dica é um pequeno documentário produzido pela Associação Nacional de Direitos Humanos, Pesquisa e Pós-Graduação (ANDHEP). Ele está disponível para visualização no site da associação e traz a contribuição de professores e pesquisadores da área, além de uma breve, porém excelente, referência histórica.

Associação Nacional de Direitos Humanos, Pesquisa e Pós-Graduação. Disponível em: <<http://www.andhep.org.br/artigo.php?c=165&a=V%EDdeos%20Institucionais>>. Acesso em: 6 jun. 2017.

Direitos de terceira dimensão

Os direitos de terceira dimensão correspondem aos direitos difusos e coletivos. Há nesse caso, certa indeterminação quanto aos seus credores e devedores, já que constituem patrimônio comum a toda a humanidade e coletivamente devem ser protegidos e usufruídos. Referem-se aos direitos da Solidariedade, aos direitos sociais desfrutados de maneira coletiva, direito a um meio ambiente limpo

e sadio, direito à paz e ao desenvolvimento. Para sua concretização, há a soma da atuação do indivíduo, da sociedade e das entidades públicas e privadas. Uma resposta ao que se pode verificar quando o próprio exercício das liberdades individuais levadas ao extremo acaba por se tornar opressivamente caótico. Não possui o indivíduo como seu titular, mas a coletividade (nação, povo, família, humanidade), sendo fundamentais para a preservação da mesma.



Assimile

Mencionamos que os direitos de terceira dimensão compreendem tanto os direitos difusos quanto os coletivos. Mas, você sabe qual a diferença entre eles? Direitos difusos são aqueles cuja titularidade é indeterminada, ou seja, pertencem a todos, a princípio. Porém, sua titularidade é determinada quando qualquer um de nós o reivindica, por exemplo, o direito a um meio ambiente sadio. Já os direitos coletivos são aqueles que, como se pode inferir pela própria nomenclatura, pertencem a uma coletividade, ou seja, a um grupo específico de pessoas, como o direito do consumidor; direito dos idosos; direito das crianças e adolescentes; direito dos indígenas e quilombolas etc.

Direitos de quarta dimensão

São os direitos advindos da afirmação de uma cidadania global, necessidade emergente no mundo atual por causa do processo de transnacionalização de bens, valores, informação e, principalmente, das próprias pessoas. Requer, para sua construção, a globalização dos Direitos Fundamentais, o que constitui algo de difícil materialização no plano internacional, quando as necessidades humanas muitas vezes colidem com o interesse dos Estados e das grandes corporações.

A discussão sobre esses direitos surge no fim do século XX, com o intuito de preservação do gênero humano, face às transformações advindas da ciência, da tecnologia, da informação, assegurando o direito à dignidade humana em face das transformações advindas das modificações da sociedade globalizada. Sua efetividade, porém, depende da construção de bases sólidas de uma sociedade internacional (ambiente internacional regulamentado, com instituições, organizações, regimes, tratados), pautada na cooperação e na comunhão de valores e interesses, enfim, da afirmação de um real "Direito dos Povos".



Exemplificando

Veja, caro aluno, a Globalização encurtou distâncias, facilitou a comunicação e a transferência de bens e valores, assim como viabilizou o comércio de diversos bens e produtos. Apesar das divergências teóricas e históricas sobre o início e as características do processo de globalização, todos concordam quanto a um elemento: a globalização é caracterizada pela intensificação dos movimentos transnacionais. Dentre eles, a mobilidade humana, ou a migração de pessoas através das fronteiras dos Estados. Nesse sentido, os direitos decorrentes dessa mobilidade podem ser aqui inseridos. São direitos que possuem como característica essencial a cooperação entre os Estados para serem efetivos. Podemos citar o exemplo dos direitos dos refugiados; dos apátridas; o combate ao tráfico de pessoas e os direitos dos trabalhadores migrantes. Para todos esses direitos, regras e convenções internacionais tiveram de ser criadas, comprometendo os Estados que dela fazem parte a respeitar os direitos de pessoas de outra nacionalidade ou mesmo desprovidas dela (caso dos apátridas). Assim, vemos a importância do reconhecimento dos direitos humanos em nível internacional e a necessidade de os Estados adequarem suas legislações nacionais a essa realidade.

Direitos de quinta e sexta dimensões

Os direitos de quinta dimensão seriam aqueles relativos ao direito à paz e que pertencem a toda humanidade. Já os direitos de sexta dimensão seriam aqueles relacionados à bioética, à manipulação genética e demais direitos tocados pelo avanço das pesquisas científicas e pela evolução tecnológica.



Refleta

Veja, caro aluno, tais direitos apontados acima nos colocam na fronteira da proteção dos direitos humanos, inclusive nos desafiando na determinação de quais são esses direitos e a quem exatamente eles pertencem. Podemos citar um caso polêmico e ainda sem solução: a fertilização artificial, especialmente a fertilização *in vitro*, tem como procedimento a intervenção médica no auxílio das pessoas que pretendem ter filhos biológicos, mas apresentam dificuldades fisiológicas para tanto. Muitas vezes, o material genético é armazenado, ou os óvulos já fecundados e que não foram inseminados no útero da mãe, também

ficam armazenados. Em muitos casos, não chegam a ser utilizados. Diante dessa realidade, como considerar esse material genético ou os embriões fecundados não inseminados? A quem eles pertencem? Quem tem responsabilidade sobre eles e qual o limite temporal de seu armazenamento? Essas são apenas algumas questões que os avanços científicos nos trazem, desafiando a concepção de direitos humanos e como protegê-los. O que você pensa sobre isso? Quais parâmetros ou princípios poderiam ser utilizados para determinar a titularidade, a responsabilidade pela proteção desses direitos?

Caro aluno, após estudarmos a classificação dos direitos humanos em dimensões, é importante apontarmos quem foi seu criador. Essa classificação foi inicialmente elaborada por Karel Vasak, em uma conferência realizada no Instituto Internacional de Direitos Humanos, com sede em Estrasburgo (França), em 1979. Contudo, é importante mencionar que essas divisões não são pacíficas entre os diversos teóricos dos direitos fundamentais, que acrescentaram outras classificações à concepção inicial de Vasak e também divergiram quanto aos direitos incluídos em cada dimensão. Essa classificação não deve ser tomada de forma estanque, o que demonstra que a evolução histórica dos direitos humanos é um processo dinâmico e que novos direitos podem emergir das relações da sociedade com outros seres e com o meio no qual está inserida.



Assimile

Algumas vezes, em razão de sua evolução histórica, tais direitos também são denominados por “gerações”, sendo que os de primeira geração equivale aos de primeira dimensão e assim sucessivamente. Além disso, é importante ressaltar que essas dimensões não se referem a uma hierarquia, ou seja, não há ordem de importância entre eles. Lembre-se do princípio da complementaridade: esse princípio afirma que os Direitos Humanos devem ser analisados de forma conjunta e integrada com as demais normas e princípios; há uma interdependência entre eles, pois embora autônomos, são concorrentes podendo ser exercidos de forma acumulada. Portanto, pode-se presumir que não há hierarquia entre esses direitos, mas que eles estão interligados. Isso não afasta, porém, a possibilidade de conflito entre esses direitos, ou seja, quando para a

proteção de um direito há que se dispor de outro. Para tanto, pode-se dizer que, se os direitos humanos são valores absolutos, quando da sua elaboração, sua aplicação pode encontrar um caráter relativo, requerendo a ponderação do legislador na aplicação dos “Direitos Fundamentais”.

Agora que você já compreendeu essa classificação e sua característica, que tal aplicarmos na prática esse conhecimento?

Sem medo de errar

Na situação-problema proposta era necessário que você, caro aluno, na posição de assessor do Ministro Relator da ADPF nº 54, você teria que, com base no conteúdo estudado sobre as dimensões de direitos, auxiliá-lo na compreensão do caso e na elaboração do voto que refletirá a decisão do magistrado sobre o caso. Como se trata de uma situação que envolve diversos direitos humanos e o eventual conflito entre eles, é essencial compreender quais são esses direitos, seus fundamentos, sua interpretação e a complementaridade existente entre eles. Assim, se você conseguiu extrair essas características a partir da compreensão sobre o porquê da existência de diferentes dimensões de direito, isso o tornará apto a auxiliar o Ministro na tarefa de elaboração do voto.

Veja, os direitos apontados eram o direito à vida, o direito à liberdade e o direito à saúde, além do respeito ao princípio da dignidade humana. Os argumentos da ação proposta alegavam a impossibilidade de sobrevida do feto, por impossibilidade fisiológica e o sofrimento ao qual a mãe seria submetida ao ser obrigada a manter a gravidez de um feto cuja sobrevivência seria impossível, o que lhe causaria profundos danos físicos e psicológicos. Em razão da inviabilidade da vida da criança fora do útero materno, alega-se na ação mais um motivo para descriminalização do aborto, ou antecipação terapêutica do parto, preservando a dignidade, integridade física e psicológica da mãe.

Observe que, no caso em tela, temos a invocação de diferentes dimensões de direitos. Enquanto o direito à vida e à liberdade são considerados direitos de primeira dimensão, o direito à saúde é um direito pertencente ao rol dos direitos de segunda dimensão, ou direitos sociais.

Conforme estudamos, essa nomenclatura não estabelece hierarquia entre eles, e mesmo a denominação quanto às gerações de direitos não lhes atribui importância diferenciada, apenas demonstra o contexto histórico do qual eles emergiram. É importante mencionar também que, de acordo com o que estamos estudando nesta unidade, você pode verificar que a própria concepção ou interpretação que é dada a esses direitos, assim como seus limites estão em consonância com as mudanças na sociedade.

Aliás, o princípio da complementaridade indica, justamente, que os direitos humanos devem ser interpretados em conjunto e como interdependentes. Além disso, todos esses direitos estão inseridos no rol de cláusulas pétreas da nossa Constituição, ou seja, o conjunto de artigos que expressam direitos que não podem ser suprimidos nem alijados por nenhuma legislação ulterior ou jurisprudência.

Avançando na prática

Direitos humanos e meio ambiente

Descrição da situação-problema

Você é advogado voluntário em uma organização não governamental (ONG) que trabalha em prol da preservação do meio ambiente e, por essa razão, foi contatado por um grupo de moradores de uma cidade do interior do estado de São Paulo, na qual se instalou um frigorífico destinado ao abate e beneficiamento de carnes. As famílias sentiram-se prejudicadas pela atividade do estabelecimento, o qual estava despejando dejetos nos rios que abasteciam a cidade. Além de poluir a água com produtos indesejáveis, o mau cheiro também estava causando incômodo aos moradores locais, tornando impossível habitar nas imediações. Após reclamarem com a prefeitura local sobre o problema e não obterem nenhum retorno, os moradores decidiram recorrer à ONG. Diante desse caso, como você resolveria o problema? Quais direitos foram violados? Os moradores possuem a legitimidade para reclamar tais direitos? A qual dimensão de direitos esses se referem?

Resolução da situação-problema

Veja, você, como advogado de uma ONG que atua na proteção

do meio ambiente, deveria instruir os moradores atingidos a buscar a satisfação de seus direitos, em especial, o direito a um meio ambiente sadio e também o direito à saúde, a qual está prejudicada pelas atividades poluidoras do frigorífico. Assim, você deve buscar, mediante uma ação representando os moradores, que responsabilize a empresa por violação do direito ambiental e também dos direitos fundamentais dos moradores da região.

O direito a um meio ambiente sadio é considerado um direito difuso, ou seja, indeterminado em princípio, mas que tem sua titularidade determinada quando alguém o reivindica. Esses direitos pertencem aos chamados direitos de terceira dimensão. Já quanto ao direito à saúde, o qual está indiretamente implicado no caso, pertence ao conjunto de direitos sociais, ou direitos de segunda dimensão, os quais requerem uma prestação positiva do Estado, ou seja, devem ser garantidos pela ação do poder público.

Faça valer a pena

1. A classificação dos direitos humanos em dimensões ou gerações de direitos possui uma função não apenas didática ou cronológica, mas auxilia na compreensão dos fundamentos que embasam tais direitos e das lutas que foram necessárias para sua consolidação.

Considerando as proposições abaixo, verifique quais afirmativas estão corretas e quais estão equivocadas:

- I. Os direitos de segunda dimensão correspondem aos direitos sociais e econômicos, advindos do princípio da igualdade.
- II. Os direitos de primeira dimensão correspondem aos direitos universais, portanto se referem à paz, ao desarmamento, a um meio ambiente limpo.
- III. Os direitos de quarta dimensão devem ser garantidos pelo Estado, pois dependem da atuação deste para sua efetividade.

- a) As proposições I e II estão corretas e a III, errada.
- b) Somente a proposição I está correta.
- c) As proposições II e III estão corretas e a I, errada.
- d) Somente a proposição II está correta.
- e) Somente a proposição III está correta.

2. Os chamados “direitos sociais” são aqueles que requerem uma prestação positiva do Estado, ou seja, é necessário que o Estado haja para assegurá-los à sua população. Por essa razão, eles podem ser reivindicados diante da omissão do Estado.

Responda qual dos direitos elencados pode ser considerado como pertencente ao rol dos direitos humanos de segunda geração ou dimensão:

- a) Liberdade de expressão.
- b) Liberdade religiosa.
- c) Direitos reprodutivos.
- d) Acesso à educação pública.
- e) Direito à segurança.

3. Os direitos humanos de terceira geração são considerados direitos difusos ou coletivos, pois possuem, em princípio, uma titularidade indeterminada. Contudo, podem ser invocados por qualquer pessoa que tenha tais direitos violados ou negligenciados.

No que se refere aos direitos humanos de terceira dimensão ou geração, indique aquele que pode ser incluído no conjunto destes direitos:

- a) Direito à educação.
- b) Direito à saúde.
- c) Direitos relativos ao idoso.
- d) Direito à paz.
- e) Direito à privacidade.

Seção 1.3

Panorama histórico dos direitos humanos e a Constituição Federal de 88

Diálogo aberto

Caro aluno,

Lembre-se de que estamos tratando nesta unidade do caso envolvendo o aborto do feto anencéfalo (ADPF nº 54). No contexto dessa ação, você é assessor do Ministro Relator e precisa auxiliar o magistrado na elaboração do seu voto, compondo elementos necessários para fundamentá-lo. Veja que, diante dessa importante tarefa, uma questão importante emerge: conflito entre direitos fundamentais. O caso descrito suscitou intensa discussão sobre os fundamentos éticos e filosóficos do direito, demonstrando como a proteção dos direitos humanos é um cenário de conflitos no qual nem sempre é possível atender às expectativas e interesses dos diversos grupos sociais. Observa-se que há um claro conflito entre o direito à vida (e a discussão sobre quando ela começa tendo implicações em relação à proteção do nascituro) e o direito à saúde e à integridade física e psicológica da mãe, ao ter que perpetuar a vida de um ser que não teria sobrevivência possível, bem como a liberdade sexual e reprodutiva da mulher.

Para tanto, você deverá ler atentamente a ação e os elementos nela contidos, além das manifestações dos *amici curiae* e suas alegações. Esses argumentos apontam para o desafio de estabelecer limites para a proteção dos direitos fundamentais, seja quanto à sua titularidade, seja quanto ao conflito de direitos. Sendo assim, sua função é identificar e interpretar as normas que garantem tais direitos e ponderar sobre seus limites. Observe o conteúdo e os critérios trabalhados na disciplina, que representam parâmetros que os julgadores utilizam ao se depararem com desafios jurídicos como este e, assim, auxilie o ministro nesta importante decisão! Você deve preparar um relatório que será entregue ao ministro apontando os direitos previstos e aplicando o critério da ponderação ao interpretá-los à luz do caso concreto.

Veja, nesta seção trabalharemos com direitos fundamentais e sua consagração na nossa Constituição de 88, além dos critérios utilizados para sua interpretação, em especial, quando surge colisão entre esses direitos. Tarefa recorrente para os operadores do direito e, em especial, para os que têm a tarefa de julgar.

Então, vamos aos estudos!

Não pode faltar

Caro aluno,

Nesta seção, vamos estudar como os direitos humanos se refletem em nosso ordenamento jurídico interno e como são previstos pela nossa Constituição Federal (CF). Antes disso, cabe definir o que são Direitos Fundamentais, ou seja, os direitos humanos positivados em nossa Constituição. Os direitos humanos diferem quanto à sua abrangência do termo “direito fundamental”, já que o último concerne às pessoas como membros de um ente público concreto, possuindo assim um âmbito mais restrito. Essa diferenciação, contudo, não afasta o conteúdo moral (matriz dos direitos humanos) desses direitos, relegando-os ao caráter meramente positivo, de sorte que, pode-se observar a influência dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e da própria Declaração Universal de 1948 nas Constituições nacionais do pós-guerra. Todavia, não se deve restringir os direitos fundamentais a uma mera expressão de valores morais, assim como a autonomia política não pode ser vista como simples reflexo da autonomia moral. De fato, a história dos direitos fundamentais entrelaça-se com o surgimento do moderno Estado Constitucional, cujo alicerce é formado pelo reconhecimento da dignidade da pessoa humana e de uma necessária limitação do poder, enquanto óbice à afirmação dos direitos do homem.

A história dos direitos fundamentais no Direito Constitucional Brasileiro remonta à Constituição do Império de 1824 (art. 179), com flagrante influência das Constituições americana e francesa, todavia assegurando ao Imperador poderes ilimitados por meio da figura do “Poder Moderador”. Posteriormente, a Constituição Republicana de 1891 inova ao agregar importantes disposições, como o direito de reunião e associação, garantias penais (como o *Habeas Corpus*), reconhecidos tanto aos brasileiros quanto aos estrangeiros residentes

no país. Cabe ressaltar também a referência aos direitos sociais trazidos pela Constituição de 1934 (fortemente influenciada pela Constituição alemã de Weimar, que já tratamos na seção anterior), como o direito à subsistência (art. 113, caput) e a assistência aos indigentes (art. 113, inc. 34), bem como a criação do Mandado de Segurança e da Ação Popular (art. 113, incs. 33 e 38).

Após o longo período em que vigorou a Ditadura Militar, a renovação democrática é consolidada com o advento da Constituição Federal de 1988, a chamada “Constituição Cidadã”, a qual reflete a preocupação em garantir os direitos fundamentais anteriormente suprimidos pelo Estado ditatorial.

A estrutura da Constituição demonstra como tais direitos foram organizados em seu título II, denominado “Dos direitos e garantias fundamentais”. Além do referido título, que se repete no § 1º do art. 5º da CF, também são encontrados na Constituição vigente os termos “direitos sociais e individuais” (Preâmbulo); “direitos individuais e coletivos” (Capítulo I do Título II); “Direitos Humanos” (art. 4º, II; art. 5º, § 3º; art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT); “direitos e liberdades fundamentais” (art. 5º XLI); “direitos e liberdades constitucionais” (art. 5º, LXXI); “direitos civis” (art. 12, § 4º, II, b); “direitos fundamentais da pessoa humana” (art. 34, VII, b); “direitos e garantias individuais” (art. 60 § 4º, IV); “direitos” (art. 136, § 1º, I); “direito público subjetivo” (art. 208, § 1º). Nossa “Constituição Cidadã” foi profícua ao proteger diversos direitos fundamentais essenciais ao “Estado Democrático de Direito”, sendo um verdadeiro guia para aplicação da justiça, refletindo os anseios de um povo que ansiava por democracia.



Pesquise mais

Que tal conhecer um pouco mais sobre a proteção dos direitos fundamentais no Brasil e sua consagração em nossa Constituição Federal?

O documentário *A Constituição da Cidadania*, veiculado pela TV Senado, traz um interessante e didático histórico sobre os bastidores da elaboração e promulgação de nossa Carta Magna.

TV SENADO. **A constituição da cidadania**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Nc-1GIZD1t0>>. Acesso em: 6 jun. 2017.

Este texto do Professor Paulo Vargas Groff faz uma análise dos direitos fundamentais em todas as Constituições do Brasil. Ele nos ajuda a entender como a proteção dos direitos fundamentais foi evoluindo ao longo dos diferentes períodos históricos do Brasil.

GROFF, Paulo V. Direitos fundamentais nas constituições brasileiras. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 45, n. 178, p. 105-129, abr./jun. 2008. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176526/000842780.pdf>>. Acesso em: 6 jun. 2017.

Podemos fazer uma classificação didática dos direitos contidos em nossa Constituição, usando uma nomenclatura que reflete sua essência. Vamos compreendê-la?

O primeiro grupo pertence aos **direitos individuais**, conquistas do ideal iluminista, que requerem uma abstenção do Estado, para assegurar sua efetividade. Quanto à titularidade dos Direitos Fundamentais previstos pela CF, especialmente no enunciado dos incisos do art. 5º, consideram-se os brasileiros (natos ou naturalizados) e os estrangeiros residentes no país. Quanto a esses, aplica-se o princípio *pro homine*, ou seja, em matéria de direitos fundamentais, se houver dúvida quanto à extensão de sua aplicação, deve ser dada a interpretação que mais favorece o indivíduo e não o Estado.

Já as chamadas **liberdades públicas** representam direitos subjetivos oponíveis ao Estado, constituindo a afirmação dos direitos do cidadão contra as violações arbitrárias do Estado ou de particulares. Dentre os direitos de liberdade estão presentes: liberdade de circulação e locomoção; liberdade de pensamento e de expressão intelectual; liberdade de informação, comunicação e expressão; liberdade de associação; liberdade de reunião; liberdade de iniciativa econômica e de concorrência; liberdade de consciência religiosa. Os direitos individuais são considerados direitos de aplicação imediata e fazem parte, também, do conjunto de direitos que compõem as chamadas “cláusulas pétreas” da CF/88, previstas no artigo 60, § 4º da CF 60, § 4º: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e, por fim, os direitos e garantias individuais.

Um segundo grupo de direitos positivados na CF/88 são os Direitos Sociais, os quais têm sua previsão no Capítulo II do Título II,

além do título VIII (relativo à ordem social), mas mais especificamente previsto no art. 6º e o direito ao trabalho como primado básico da ordem social, nos arts. 7º e 193. Quanto à titularidade desses direitos, aqueles previstos no art. 6º não determinam especificamente a titularidade, com exceção daqueles que versam sobre a proteção da maternidade e infância (referência óbvia) e o que trata da assistência aos “desamparados” (sem, todavia, explicitar que condições específicas se referem ao termo). Já os direitos previstos pelos arts. 7º a 9º e pelo art. 11 da CF aplicam-se aos trabalhadores rurais e urbanos e suas especificidades (desempregados, aposentados, com dependentes etc.). Os demais direitos, como o direito à saúde (art. 196, da CF) e à educação (art. 205 da CF) referem-se a todos; os direitos à assistência social (art. 203 da CF) a quem dela necessitar. De qualquer forma, a titularidade dos direitos sociais recai sobre aqueles que necessitam da prestação do Estado.

Outro importante grupo refere-se aos **direitos de participação política**. Os direitos políticos (sejam ativos como o direito de votar, ou passivos como o direito de ser eleito) correspondem a uma série de regras responsáveis por regular a soberania popular, a participação do indivíduo no processo democrático formador da estrutura do Estado. O alistamento eleitoral é obrigatório para os brasileiros maiores de 18 anos (art. 14, § 1º, I e II e art. 147 da CF). Porém, os direitos políticos podem ser perdidos pelo seu titular nos casos previstos pelo art. 15 da Constituição, ou ainda podem ocorrer impedimentos ao exercício da atividade política, chamada inelegibilidade (absoluta, ou relativa a determinadas situações pessoais como idade, ou vinculação funcional).

A titularidade desses direitos recai sobre todos que têm nacionalidade brasileira, porém, alguns desses direitos atribuem limite de idade para serem exercidos. Estrangeiros podem exercer esses direitos em dois casos: o caso dos portugueses residentes no país, mesmo que não tenham adquirido nacionalidade brasileira e desde que Portugal também reconheça os mesmos direitos aos brasileiros (art. 12 § 1º, da CF). Além disso, os estrangeiros podem atuar em partidos políticos, já que o art. 17 da CF não os exclui dessa possibilidade.

Por fim, outro grupo que merece ser mencionado são os **direitos coletivos** que correspondem aos direitos de terceira dimensão ou direitos metaindividuais. Apesar da insuficiência da disciplina normativa

sobre o tema, a evolução da sociedade moderna torna incontestável a necessidade de tutela desses direitos. Podem ser concebidos como “direitos difusos ou coletivos”, ou seja, possuem certa indeterminação quanto aos seus titulares, ou “direitos coletivos stricto sensu”, cuja titularidade é atribuída a uma figura subjetiva pública, ou privada (ex.: associação, sindicato, ordem profissional). Em relação ao Direito do Consumidor, o art. 5º, XXXII, da CF estabelece que o “Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Já o direito do meio ambiente é reconhecido pelo art. 225 da CF a “todos” sem especificação. Por fim, os direitos à solidariedade e desenvolvimento são difusos e são de difícil identificação por causa do seu caráter abstrato.

Agora que você conheceu os principais conjuntos de direitos fundamentais previstos na CF/88, que tal compreender como eles são protegidos?



Assimile

Importante compreender um termo essencial quanto à proteção dos direitos fundamentais: “o dever de tutela”. O **dever de tutela** corresponde ao dever do Estado de proteger os direitos fundamentais contra eventuais violações, sobretudo cometida por particulares, por meio de previsões legislativas nesse sentido, antecipando-se à possível conduta violadora. Segundo a doutrina constitucional alemã, os direitos fundamentais previstos pela Constituição nada mais são do que desdobramentos da “dignidade da pessoa humana”, os quais o Estado teria o dever de observar (abstenção de comportamento lesivo próprio advindo da intervenção nas liberdades individuais sob proteção) e proteger (dever do Estado de agir ativamente para coibir violações de direitos humanos cometidas por particulares).

Porém, quanto à aferição do cumprimento desse dever de tutela do Estado subsiste o problema de estabelecer um parâmetro de racionalidade estritamente jurídica. A aplicação do Princípio da Proporcionalidade (que será eventualmente estudado nessa seção), oferece um critério objetivo para tanto. Contudo, uma situação complexa se apresenta quando o dever de tutela estatal implica em controlar a constitucionalidade da omissão do Estado (*status negativus*), quando o próprio direito fundamental que deve ser protegido é auferido por meio da abstenção do Estado (observar a liberdade e igualdade).

Para estabelecer um parâmetro para a atuação do Estado, nesse sentido, advém da doutrina alemã a chamada **proibição de insuficiência**, que seria uma forma de verificar quando a omissão do Estado poderia ser considerada inconstitucional, ou seja, garantir o dever estatal de tutela, em paralelo à **proibição do excesso**, que nada mais é do que a busca pelo meio de menor intensidade e mais adequado para atingir a liberdade ou o direito de igualdade, de acordo com o critério da necessidade.

Para compreender como ocorrem as colisões entre os direitos fundamentais, as suas limitações e a aplicação pelo ordenamento jurídico é importante definir alguns conceitos:

a) todo direito fundamental possui uma **área de regulamentação**, ou seja, ele objetiva regular uma situação fática e a indicação do que deve ser feito a partir dela, tendo como destinatário principal o Estado;

b) os direitos fundamentais também possuem uma **área de proteção**, que corresponde à área de regulamentação que está sob a tutela constitucional;

c) para que se verifique se houve realmente uma violação estatal de um direito fundamental, deve haver o **exercício de direito** (efetivo ou potencial), por parte do indivíduo.

Os problemas jurídicos começam quando há uma invasão, quase sempre da autoridade Estatal, na área de proteção de um direito fundamental. A questão jurídica é gerada quando há um choque de interesses (inevitáveis por causa da generalidade dos direitos fundamentais) entre indivíduos ou grupos, os quais invocam as normas constitucionais que lhe permitem perseguir esse interesse. Em contrapartida, a autoridade Estatal competente, por iniciativa dos interessados ou própria, intervirá limitando o direito de uma parte em favor da outra. Assim, três possibilidades de atuação do Estado no conflito: uma negativa, quando o Estado se abstém de regrá-lo, e duas positivas, quando o Estado impõe uma obrigação de deixar de praticar a conduta que se opõe ao interesse da outra parte, por meio de uma norma infraconstitucional, ou quando obriga uma das partes a aceitar a conduta da outra. O possível inconformismo com a atuação do Estado poderá levar a parte que se sentiu lesada a contestar a constitucionalidade da mesma, invocando normas constitucionais que garantem seus direitos.

Portanto, pode-se dizer que as normas que garantem os direitos fundamentais são **reflexivas**, pois têm o próprio Estado como criador e destinatário. Em relação às partes, podemos dizer que há uma **dupla reflexividade** das normas de direitos fundamentais, pois a decisão sobre a constitucionalidade de uma determinada medida que satisfaz a pretensão de uma parte, impedirá de forma reflexiva a satisfação da pretensão da outra parte.

Assim, a intervenção do Estado na área de proteção de um direito fundamental, seja ela direta, ou indireta, com ou sem constrangimento, ocorre por uma ação ou omissão da autoridade estatal, que impossibilite (total ou parcialmente) a conduta que corresponde à área de proteção e cujo exercício resulte em uma consequência jurídica negativa, mediante uma proibição acompanhada de sanção. As intervenções do Estado na área de proteção de um direito fundamental podem ser permitidas, ou seja, quando há justificativa constitucional para tanto, ou proibidas, o que representa uma violação desse direito praticada pelo Estado.



Exemplificando

Vamos entender como isso funciona? Vamos a uma questão importante de nossa Constituição: o direito de propriedade. Veja, o direito à propriedade privada é resultado das lutas da burguesia contra os desmandos do Estado, durante a Idade Moderna e que foi se solidificando no ideal liberal. Contudo, as Revoluções Socialistas trouxeram outra forma de compreender a propriedade privada, ou seja, a de que ela não poderia ser absoluta.

A nossa Constituição Federal consagrou a chamada “função social da propriedade” (prevista nos artigos 5º, XXIII e 170, III) ao atribuir que a propriedade privada deve estar subordinada ao interesse da coletividade. Essa previsão legal permite que o poder público possa, eventualmente, desapropriar determinado bem em nome do interesse público, atendidos os requisitos para tanto.

Desta forma, vemos que há uma intervenção do Estado na esfera de proteção de um direito fundamental (direito de propriedade), mas uma intervenção amparada por uma previsão legal pautada na proteção de um bem maior.

E quando ocorre colisão ou conflito entre direitos fundamentais?

O **critério da proporcionalidade** é a exigência de racionalidade, a imposição de que os atos estatais não sejam desprovidos de um mínimo de fundamentação. A partir dessa concepção de proporcionalidade, a legalidade passa a ser exigência não apenas de lei, mas de que a lei seja proporcional. A alusão, mesmo que indireta ao princípio da proporcionalidade pode ser encontrada no art. 5º, § 2º da CF: “Os direitos e garantias expressos nessa 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”. Relativamente aos direitos sociais, pode-se dizer que o critério da proporcionalidade guarda estreita relação com o princípio da isonomia (igualdade proporcional), quando visa a estabelecer a justa medida na distribuição dos direitos e deveres sociais.

O princípio e sua importância revelam-se como instrumento da interpretação jurídica do operador do direito, cuja aplicação precisa atender à complexidade das relações sociais. Os princípios, muitas vezes, podem se contradizer, sem que isso implique na perda de sua validade jurídica e, é nesse ponto, que o princípio da proporcionalidade entra como critério para encontrar a melhor solução para o conflito. Mas, para isso, o princípio da proporcionalidade deverá conter três elementos: a) a conformidade ou adequação dos meios empregados; b) a necessidade ou exigibilidade da medida adotada; e c) a proporcionalidade em sentido stricto, ou seja, que a relação entre os meios e o fim que se deseja seja a melhor possível em termos jurídicos.



Refleta

Veja, caro aluno, o princípio da proporcionalidade é uma técnica jurídica utilizada para a resolução de conflitos ou colisões entre direitos. Os critérios descritos acima correspondem à correta aplicação desse princípio. Contudo, podemos observar que sua aplicação guarda em si certo grau de subjetividade, ou seja, o julgador terá de recorrer à sua percepção e interpretação dos anseios da sociedade em relação a tais direitos. É possível fazer isso com isenção, ou seja, sem se pautar em suas próprias convicções morais e ideológicas? É possível que o magistrado decida imparcialmente?

Além disso, sabemos que a proteção dos direitos humanos muitas vezes demonstra o descompasso entre a evolução da sociedade e a falta de previsões normativas na hora de regulamentar determinado fato jurídico. Na ausência de Lei expressa, o magistrado pode lançar mão de outros recursos jurídicos, como a utilização de princípios, costume ou analogia. Mas, em todo caso, deverá o magistrado exercer a arte da interpretação. Diante desse desafio, qual o grau de discricionariedade aceitável na decisão do magistrado? Há algum prejuízo ao sistema jurídico nisso, ou é uma medida inevitável?

A colisão de direitos fundamentais ocorre quando o exercício de um direito fundamental entra em conflito com outros preceitos constitucionais. Para resolver esse conflito, deve-se levar em consideração o critério de proporcionalidade supracitado, ou realizar uma interpretação sistemática da Constituição, ou seja, analisar as disposições relacionadas com o caso concreto, dentro dos parâmetros que o próprio constituinte estabeleceu. Por outro lado, ocorre a concorrência quando o titular puder se valer de mais de um direito fundamental contra uma mesma intervenção estatal, porque esta pode ter violado mais de um direito fundamental do mesmo titular. Nesse caso, o exame de constitucionalidade tem caráter prejudicial, sendo necessário estabelecer parâmetros de exame desta, seja no caso de uma concorrência ideal (a qual pode dar ensejo a uma multiplicidade de parâmetros de julgamento) ou aparente (na qual a aplicabilidade de um parâmetro de análise da constitucionalidade exclui os demais). Nessa situação, aplica-se o princípio da Especialidade (que pode ser lógica ou normativa, ou seja, com base na aplicação da lei): *"Lex specialis derogat legi generali"*, ou seja, a lei especial prevalece sobre a norma geral.

Deve-se fazer referência ainda quanto aos limites constitucionais dos direitos fundamentais, pois há que se considerar situações excepcionais nas quais imperam o conflito e a ameaça à ordem política e social. Nessa situação de legalidade excepcional, os poderes estatais (em especial o executivo) recebem competências especiais e pode ocorrer uma série de restrições ao exercício dos direitos fundamentais, as quais seriam consideradas inconstitucionais em um período de legalidade normal, todavia são autorizadas constitucionalmente face a um regime

de exceção: a) Estado de Defesa (art. 136, §§ 1º e 3º da CF); b) Estado de sítio (art. 137, I e II e art. 139 da CF).

Diante dessas considerações, observe como é complexa a tarefa dos operadores do direito, pois a proteção dos direitos humanos é, sem dúvida, um campo de conflitos que necessariamente precisam ser resolvidos para que os cidadãos tenham a satisfação da justiça. Agora, vamos verificar como esse conhecimento é aplicado na prática?

Sem medo de errar

Caro aluno, para resolver o desafio contido na situação-problema proposta, você deverá apontar os direitos alegados na ação e por aqueles que se colocam contra os argumentos dela. O conflito de direitos contidos nesse caso suscita uma discussão não apenas jurídica, mas de valores. Contudo, você, na função de assessor do ministro, precisa buscar elementos jurídicos para fundamentar a decisão.

Abaixo, segue um resumo do caso para análise, divulgado pela ONG Conectas:

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), proposta em 17 de junho de 2004 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, tem por objetivo a procedência do pedido de interpretação conforme a Constituição dos arts. 124, 126 e 128, I e II, do Decreto-lei nº 2.848/40 (Código Penal) para declarar inconstitucional a interpretação que considera crime a antecipação terapêutica do parto, realizada por médico habilitado com o consentimento da gestante, em casos de gravidez de feto anencefálico. Postula a Confederação que a anencefalia é incompatível com a vida extrauterina, sendo fatal em 100% dos casos, não tendo a ciência médica nada o que fazer quanto ao feto inviável. Em razão do alto índice de óbitos intrauterino dos fetos anencéfalos, o risco de saúde da gestante e até perigo de vida é altíssimo, constituindo-se assim uma indicação terapêutica médica eficaz para o tratamento da gestante. A petição inicial indica também que a antecipação terapêutica do parto não se compara com o aborto, faltando o suporte fático exigido pelo tipo penal, qual seja, a morte do feto em decorrência





da interrupção da gravidez – no presente caso, a morte do feto é inevitável, decorrendo de uma má-formação congênita e não da intervenção médica. Afirmar ainda que impor à mulher o dever de carregar o feto sem certeza se o mesmo sobreviverá causa-lhe angústia, frustração, importando assim violação à dignidade da pessoa humana. A antecipação terapêutica do parto em gravidez de feto anencéfalo não está vedada em lei, devendo se sobrepor a autonomia da vontade da gestante. A AGU, por sua vez, pontua que, para tratar do referido tema, deve-se analisar necessariamente as condições oferecidas pelo Sistema Público de Saúde à mulher que opte pela antecipação terapêutica do parto. Prossegue informando que o sistema possui condições para detectar a má-formação fetal decorrente da anencefalia. Afirmar a AGU que “É nesse contexto, portanto, que se pode afirmar que a gestante se encontra amplamente amparada pelas políticas públicas voltadas à proteção de sua saúde, o que lhe permite exercer, da forma mais segura possível, a sua opção entre levar a termo a gestação, ou antecipar terapeuticamente o parto. Opção, esta, que encontra abrigo nos preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, da vontade, bem como o direito à saúde”. Destaca que a ação se limita a constituição de alternativa legítima à gestante, no exercício de sua liberdade constitucional de escolha, realizar ou não a antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos, não adentrando questões de natureza religiosa, social nem filosófica. Manifesta-se assim pelo acolhimento do pedido formulado pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. As organizações abordaram a magnitude do problema do aborto no mundo e no Brasil, sendo a quarta causa de morte materna no Brasil, bem como o alto índice de abortos realizados nos casos de anomalia fetal grave, encontrando-se, conforme revela o Atlas Mundial de Nascimento Imperfeitos, em quarto lugar no mundo com o maior número de nascimento de fetos com anencefalia. Para as organizações, a antecipação terapêutica do parto em casos de feto anencefálico não tipifica o crime de aborto, pois o feto está morto e não há qualquer possibilidade de vida, não havendo bem jurídico a ser protegido pelo Direito Penal. Está ausente, assim, o nexo de causalidade entre o procedimento

médico que antecipa o parto e a morte do feto. Desta forma manifestam-se pela procedência da ADPF 54. No presente caso, foi realizada audiência pública no período de 26 a 28 de agosto de 2008, com a participação de especialistas e entidades da sociedade civil, incluindo a Conectas. Em 12 de abril de 2012, por maioria e nos termos do voto do Relator, foi julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal.



Verifique, também, que um dos pontos essenciais no que tange especialmente à discussão do “direito à vida” é o debate jurídico, científico e filosófico sobre quando ela começa, pois isso determina a titularidade do direito, ou seja, deve-se proteger ou não a vida do nascituro. Quais elementos você utilizaria para estabelecer um posicionamento sobre essa questão? Qual ponderação deve ser feita entre os direitos da mãe e do feto? Nesse caso, você irá verificar qual o limite da esfera de proteção do Estado, ou seja, o que cabe intervir ou abster-se quanto à proteção de tais direitos. Posteriormente, você deverá aplicar o critério da proporcionalidade para decidir quais direitos devem prevalecer na decisão contida no relatório. Lembre-se dos critérios contidos na aplicação do princípio: a) a conformidade ou adequação dos meios empregados; b) a necessidade ou exigibilidade da medida adotada; e c) a proporcionalidade em sentido stricto, ou seja, que a relação entre os meios e o fim que se deseja seja a melhor possível em termos jurídicos. Lembre-se que o seu instrumento é a Lei.

Limites da liberdade de expressão

Descrição da situação-problema

Caro aluno, você é o magistrado responsável pelo julgamento de um caso envolvendo um jornalista de um jornal de grande circulação nacional em uma ação movida contra ele por um candidato ao Senado Federal. A ação movida pelo candidato questiona a conduta do jornalista quanto a informações e alegações que ele teria publicado em sua coluna do referido jornal. O candidato alega que tais colocações são infundadas e que o jornalista atribuiu a ele condutas nocivas que podem prejudicar sua imagem, sem nenhuma prova concreta. O jornalista, por sua vez, alega que os comentários feitos refletem sua opinião sobre a conduta do político a partir de investigações conduzidas pelo Ministério Público Federal e pela Polícia Federal sobre a pessoa do candidato e não podem ser consideradas calúnia, injúria ou difamação. Nesse caso, você deverá construir a sentença observando os limites contidos na liberdade de imprensa e na liberdade de expressão, além do seu conflito com o alegado direito à presunção de inocência contidos na ação movida pelo candidato.

A liberdade de imprensa é uma das grandes conquistas da democracia e representa uma das vitórias do período pós-ditadura. Contudo, quais são seus limites? No caso em tela, ela poderia ser considerada um julgamento prévio, uma indução da mídia a um pré-julgamento da pessoa? Houve exagero e tentativa de cerceamento por parte do candidato, simplesmente tentando restringir uma opinião legítima e negativa a seu respeito? Como você se posicionaria neste caso?

Resolução da situação-problema

Na situação-problema você terá que apontar mais um conflito de direitos: nesse caso, a liberdade de expressão e de imprensa em colisão com a presunção de inocência. Você terá que verificar os elementos concretos, estabelecendo os limites de cada direito. No caso da liberdade de expressão ou de imprensa, se o texto do

jornalista não excedeu a mera opinião a partir de fatos concretos, pré-julgando o candidato. Por outro lado, terá de analisar se a conduta do candidato não é uma tentativa de cercear a liberdade do jornalista em exercer seu papel de informar e analisar tais fatos.

Faça valer a pena

1. Os direitos fundamentais previstos em nossa Constituição representam uma conquista do processo de redemocratização. Dentre eles estão as liberdades públicas, direitos reprimidos e suprimidos durante o obscuro período de nossa história que foi a ditadura militar.

No que se refere às liberdades públicas, assinale a alternativa correta:

- a) As liberdades públicas representam direitos oponíveis ao Estado, baseados na liberdade do cidadão.
- b) Os direitos difusos correspondem aos direitos coletivos que possuem titulares determinados e são equivalentes às liberdades públicas.
- c) As liberdades públicas compreendem aqueles direitos que dependem da intervenção do Estado para que sejam garantidos.
- d) A Constituição Federal restringe as liberdades públicas em observância às liberdades individuais.
- e) As liberdades públicas correspondem aos direitos que estão para além do Estado e de sua esfera de proteção.

2. Os direitos fundamentais são os direitos humanos positivados em nossa Constituição, representando o núcleo normativo de nossa Carta Magna e, mais do que garantias, servem como verdadeiros guias para a elaboração das leis infraconstitucionais.

No que se refere aos direitos fundamentais previstos em nossa Carta Magna, assinale a alternativa correta:

- a) Os direitos da seguridade social estão compreendidos como direitos individuais, referindo-se a uma prestação negativa do Estado para que sejam efetivos.
- b) Os direitos políticos são absolutos e não possuem limites, como deve ser em um Estado Democrático de Direito.
- c) Os direitos fundamentais são garantidos tanto a brasileiros quanto a estrangeiros que estejam em território nacional.
- d) Podemos considerar que a participação política é um direito social.
- e) Os direitos do trabalhador não estão previstos na CF/88, mas somente em legislação complementar.

3. A proteção dos direitos fundamentais é dever do Estado, seja por meio de uma postura ativa, ou positiva, seja pela abstenção de interferir na esfera de liberdade do indivíduo. Essa característica compreende o chamado “dever de tutela do Estado”.

Considerando os deveres do Estado na proteção dos direitos fundamentais, responda qual a alternativa correta:

- a) A proibição do excesso refere-se à restrição às liberdades individuais na medida em que elas interfiram nos direitos de outros cidadãos.
- b) A proibição da insuficiência é quando a ação do Estado é considerada inconstitucional.
- c) Os direitos fundamentais possuem uma área de regulamentação dos objetos fáticos, cujo principal destinatário é o indivíduo.
- d) A área de proteção dos direitos fundamentais corresponde àquela área de regulamentação que está sob a previsão constitucional.
- e) Para que se verifique a responsabilidade do Estado, não é necessário que haja o exercício efetivo do direito.

Referências

CONECTAS DIREITOS HUMANOS. **ADPF 54**: antecipação terapêutica do parto do feto anencéfalo. Conectas Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/ADPF%2054%20-%20Resumo%20do%20caso%20-%20STF%20em%20Foco.pdf>>. Acesso em: 6 jun. 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

GROFF, Paulo Vargas. Direitos fundamentais nas constituições brasileiras. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 45, n. 178, p. 105-129, abr./jun. 2008. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176526/000842780.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 6 jun. 2017.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

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

RAMOS, André de C. **Curso de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

Os sistemas de proteção internacional de Direitos Humanos

Convite ao estudo

Caro aluno, nesta unidade estudaremos os Sistemas Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos, as instituições e normas que dele fazem parte, assim como seu funcionamento. Especificamente, analisaremos na primeira seção o sistema universal de proteção, na segunda, os sistemas regionais de proteção de direitos humanos e na terceira seção, analisaremos os mecanismos internacionais de monitoramento de violações de direitos humanos.

A expansão da normativa dos Direitos Humanos em âmbito internacional e a crescente judicialização torna essencial o domínio desses temas pelo aluno de Direito. Para tanto, nessa unidade, você será confrontado com um caso concreto envolvendo o Brasil perante à Corte Interamericana de Direitos Humanos: o caso Gomes Lund e outros versus Brasil.

O Brasil é parte do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos e reconheceu a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 1998. Você é Defensor Público da União e, por seu trabalho destacado na defesa dos Direitos Humanos e conhecimento na área, foi escolhido dentre seus colegas para a função de Defensor Interamericano. Nessa função, você poderá exercer o papel de *amicus curiae* e, também, produzir pareceres sobre a responsabilidade dos Estados quanto a eventuais violações de direitos humanos, buscando preservar os direitos das vítimas.

Um dos processos em que o Brasil figurou como réu no Sistema Interamericano foi o Caso Gomes Lund e outros versus

Brasil, julgado em 2010. Esse caso é especialmente relevante, pois em paralelo ocorria o julgamento da ADPF 153 perante o STF, a qual questionava a constitucionalidade da Lei da Anistia. A referida lei anistiava os crimes cometidos durante a Ditadura estando diametralmente oposta ao entendimento da Corte Interamericana quanto à interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos, sobretudo no que se refere ao direito à verdade e à justiça. Assim, ao afirmar a constitucionalidade da Lei da Anistia, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão contrária ao entendimento da corte. Esse caso é extremamente interessante para nossa análise, pois temos dois julgamentos quase simultâneos que tratam da mesma situação, um realizado por uma Corte Internacional e outro por uma Corte Superior Nacional. Tal situação nos faz refletir sobre a efetividade das decisões internacionais e sobre a responsabilidade dos Estados perante os diplomas internacionais de direitos humanos aos quais se compromete.

O Brasil ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos em 1992, após o período de redemocratização. Portanto, ele está comprometido a cumprir seus dispositivos, respeitando os direitos humanos dos seus cidadãos, observando-os quanto à atuação dos seus três poderes. Isso significa que o Poder Executivo não pode produzir atos que violem tais direitos, ou negligenciar estes direitos garantidos pela Convenção. Já o Poder Legislativo, por sua vez, não pode produzir normas que contrariem os dispositivos da Convenção, e o Poder Judiciário não pode proferir decisões que não observem ou contrariem as disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos.

No caso em tela, você, aluno, exercerá o papel de Defensor Interamericano e deverá, de acordo com sua função, analisar o caso à luz da responsabilidade internacional do Estado Brasileiro por eventual violação de direitos humanos, especialmente neste caso, a violação de dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de San José da Costa Rica, de 1969. Você deverá construir um parecer sobre o caso e, como Defensor Interamericano, primar pela representação

dos direitos das vítimas de violação. Ao realizar tal tarefa, você compreenderá a importância e o funcionamento dos Sistemas Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos e estará preparado para atuar em casos como este em sua vida profissional. Para tanto, é importante refletir: qual a importância dos Sistemas Regionais de Direitos Humanos? É legítimo que o Estado contrarie a decisão de uma Corte Internacional a cuja jurisdição se submete, considerando que essa decisão provenha de sua Corte Suprema? E, se fizer isso, quais as consequências para o Estado Faltoso?

Bom estudo!

Seção 2.1

O Sistema Universal de Proteção aos Direitos Humanos

Diálogo aberto

Caro aluno, você conhece o Sistema Interamericano de Direitos Humanos? Pois, saiba que é um sistema regional de proteção aos direitos humanos do qual o Brasil é parte, reconhecendo, também, a jurisdição da Corte Interamericana, portanto a ela se submetendo, desde o ano de 1998.

Vamos retomar o nosso Contexto de Aprendizagem?

Imagine que você é Defensor Público da União e, por seu trabalho destacado na defesa dos Direitos Humanos e conhecimento na área, foi escolhido dentre seus colegas para a função de Defensor Interamericano. Nessa função, você poderá exercer o papel de *amicus curiae* e, também, produzir pareceres sobre a responsabilidade dos Estados quanto a eventuais violações de direitos humanos, buscando preservar os direitos das vítimas.

Um dos processos em que o Brasil figurou como réu no Sistema Interamericano foi o Caso Gomes Lund e outros versus Brasil, julgado em 2010. Esse caso é especialmente relevante, pois em paralelo ocorria o julgamento da ADPF 153 perante o STF, a qual questionava a constitucionalidade da Lei da Anistia. A referida lei anistiava os crimes cometidos durante a Ditadura estando diametralmente oposta ao entendimento da Corte Interamericana quanto à interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos, sobretudo no que se refere ao direito à verdade e à justiça. Assim, ao afirmar a constitucionalidade da Lei da Anistia, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão contrária ao entendimento da corte. Esse caso é extremamente interessante para nossa análise, pois temos dois julgamentos quase simultâneos que tratam da mesma situação, um realizado por uma Corte Internacional e outro por uma Corte Superior Nacional. Tal situação nos faz refletir sobre a efetividade das decisões internacionais e sobre a responsabilidade dos Estados perante os diplomas internacionais de direitos humanos aos quais se compromete.

O Brasil ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos em 1992, após o período de redemocratização. Portanto, ele está

comprometido a cumprir seus dispositivos, respeitando os direitos humanos dos seus cidadãos, observando-os quanto à atuação dos seus três poderes. Isso significa que o Poder Executivo não pode produzir atos que violem tais direitos, ou negligenciar estes direitos garantidos pela Convenção. Já o Poder Legislativo, por sua vez, não pode produzir normas que contrariem os dispositivos da Convenção e o Poder Judiciário não pode proferir decisões que não observem ou contrariem as disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos. No caso em tela, temos essa última situação. Cabe, então, na sua posição como Defensor Interamericano, refletir sobre alguns pontos importantes e construir um parecer que será posteriormente apresentado à corte em audiência. Para construir esse parecer, cabe a você, em um primeiro momento, refletir sobre o papel de um Sistema Internacional de Proteção aos Direitos Humanos, especialmente diante do dever do Estado na proteção de tais direitos. O Estado pode ser responsabilizado internacionalmente por ter violado os direitos humanos de indivíduos?

Então, vamos aos estudos!

Não pode faltar

Vamos, então, compreender como se formou o Sistema Universal de Proteção aos Direitos Humanos, também chamado de Sistema Onusiano.

A Primeira Guerra Mundial, ocorrida entre os anos de 1914 e 1919, representou o primeiro conflito com repercussões mundiais e foi marcada por graves violações de direitos humanos, como a utilização de armas químicas, deslocamento forçado de milhares de pessoas, crimes de guerra etc. A guerra terminou em um armistício, demonstrando a fragilidade da paz conquistada. Para evitar que um novo conflito de tais proporções ocorresse, o então presidente americano Woodrow Wilson propôs a criação de uma organização internacional capaz de servir como um fórum de cooperação e solução de conflitos. Assim, em 1919, é criada a Liga das Nações, com o objetivo de manter a ordem e a paz no sistema internacional. Contudo, a Liga das Nações fracassou em seu objetivo de evitar um novo conflito. Em 1939 eclode a Segunda Guerra Mundial e, novamente, o mundo assiste a violações massivas de direitos humanos ainda mais graves. A Guerra termina em 1945,

com um saldo de 53 milhões de refugiados, duas bombas atômicas e o genocídio do holocausto provocado pelos nazistas, além de milhares de mortos e feridos.

O advento das duas Grandes Guerras Mundiais demonstrou a necessidade de construir um Sistema Internacional mais pacífico e solidário, no qual os direitos humanos fossem respeitados. Os horrores cometidos durante os conflitos mundiais tornaram imprescindível a criação de mecanismos internacionais que declarassem e protegessem os Direitos Humanos, estabelecidos por meio da cooperação entre os Estados. Esses mecanismos se consolidaram com a criação das Nações Unidas, em 1945, que sucedeu a Liga das Nações, aperfeiçoando sua estrutura institucional e politicamente apoiada na arquitetura de poder dos países vencedores da Segunda Guerra.

Na mesma esteira da criação da ONU, ocorre a internacionalização dos Direitos Humanos, alicerçados na estrutura política e normativa da organização. Assim, no âmbito da Assembleia Geral das Nações Unidas é elaborado o Documento por excelência da proteção internacional dos Direitos Humanos: a Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada em 1948. Seus trinta artigos consagram uma série de direitos e estabelecem o intuito dos seus Estados-membros de estabelecer:

o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-membros, quanto aos povos dos territórios sobre sua jurisdição.
(DECLARAÇÃO...1948, [s.p])

”

Assim, caro aluno, se hoje somos reconhecidos como sujeitos de direitos no plano internacional, podendo, inclusive, reivindicar esses direitos perante os Estados, tudo começou com a promulgação da Declaração Universal, daí a importância deste documento!

A década de 1960, marcada por protestos no mundo inteiro pelo reconhecimento de direitos civis, direitos sociais e liberdades políticas, em plena Guerra Fria, trouxe a declaração de outros dois importantes instrumentos que consagram os Direitos Humanos:

o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto dos Direitos Sociais e Econômicos, ambos de 1966. Esses dois tratados, em conjunto com a Declaração Universal de Direitos Humanos correspondem à denominada **Carta Internacional de Direitos Humanos**, pilar fundamental da proteção internacional.

O Pacto dos Direitos Civis e Políticos trouxe garantias como a liberdade de pensamento, de religião e opinião; direito à liberdade de ir e vir e segurança pessoal, de não ser preso ilicitamente; direito a um julgamento justo, isonomia, nacionalidade, de não ser torturado, nem escravizado, dentre outros. Já em relação ao **Pacto dos Direitos Sociais e Culturais**, podemos destacar a previsão quanto ao direito ao trabalho, educação e cultura; à saúde física e mental e à segurança social, direito às necessidades básicas a sua sobrevivência. Face a isso, pode-se observar que enquanto o Pacto dos Direitos Civis referia-se à liberdade do indivíduo e teriam aplicação imediata, o Pacto dos Direitos Sociais depende de ações afirmativas do Estado para que sejam respeitados.

Vinte anos após a Declaração Universal dos Direitos do Homem, as Nações Unidas revisam o progresso auferido na proteção desses direitos com a Proclamação de Teerã, de 1968. A Proclamação revisa a Declaração anterior e inclui novos elementos à concepção dos Direitos Humanos, em compasso com a situação política e social de um mundo em transformação (especialmente em razão dos processos de descolonização na África e na Ásia), como o repúdio ao apartheid e a todo tipo de discriminação, a importância do desenvolvimento econômico e do acesso à educação.

Em 1993, as delegações de 171 países reúnem-se para celebrar a Declaração e Programa de Ação de Viena, uma participação significativa, impulsionada pelo otimismo que marcou o final da Guerra Fria. Essa Conferência reafirmou o direito ao desenvolvimento, como integrante dos Direitos Humanos de Terceira Geração e criou o cargo de **Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos**.



Assimile

O Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos é um órgão político que auxilia no monitoramento e denúncia de violações de direitos humanos, podendo encaminhar tais informações para a

Assembleia Geral das Nações Unidas e para o Conselho de Segurança, requisitando providências. Assim, o Alto Comissariado recebeu uma missão ou mandato, conferido pela comunidade internacional de atuar na promoção e proteção dos direitos humanos ao redor do mundo. O sr. Zeid Ra'ad Al Hussein atualmente ocupa o cargo de Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos.

Vamos agora compreender os mecanismos universais ou Onusianos de proteção aos Direitos Humanos. Esses mecanismos dividem-se em mecanismos extraconvencionais e mecanismos convencionais. Explico: os mecanismos convencionais são aqueles que decorrem diretamente de convenções da ONU sobre Direitos Humanos, por isso tal denominação. Já os extraconvencionais são aqueles de caráter geral e fazem parte da estrutura institucional das Nações Unidas.

Então, vamos conhecê-los? Os **mecanismos extraconvencionais** são mecanismos políticos que podem desempenhar papel importante na proteção dos direitos humanos. Trata-se da atuação da Assembleia Geral, Conselho de Segurança e Conselho de Direitos Humanos. Além das periódicas reuniões da **Assembleia Geral**, nas quais grandes temas internacionais, muitos deles envolvendo questões humanitárias são postos em discussão. A Assembleia Geral formada por 193 países reúne-se uma vez por ano, no mês de setembro, e representa o grande fórum de discussões das questões políticas que envolvem os atores do sistema internacional. A Assembleia também pode aprovar resoluções de caráter humanitário, que devem ser respeitadas por todos os Estados-membros da ONU, sendo que estas devem ser tomadas por unanimidade ou consenso. Contudo, tais decisões não têm caráter vinculativo.

Já o **Conselho de Segurança** é um órgão formado por quinze membros: cinco membros permanentes com poder de veto (Estados Unidos, Rússia, Inglaterra, França e China) e dez membros rotativos com mandato de 2 anos, escolhidos por critérios geográficos (dois de cada continente). Possui verdadeiro poder decisório nas Nações Unidas, proferindo decisões que vinculam todos os Estados-membros e é órgão responsável por autorizar possíveis intervenções humanitárias em situações que requeiram a ingerência externa. O Conselho de Segurança é o órgão capaz de legitimar o uso da força

no sistema internacional, ou impor outro tipo de intervenção (política, econômica, diplomática), respeitando o disposto no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas. O objetivo da sua criação foi para que ele servisse de instrumento para a manutenção da ordem e da paz no sistema internacional.

O Conselho de Segurança pode autorizar o envio de forças de paz e ajuda humanitária a outros países, em cumprimento dos Princípios contidos na Carta de São Francisco de cooperação e solidariedade. Porém, desde sua criação, o Conselho tem sofrido críticas da comunidade internacional, sendo acusado de somente agir para interesse das principais potências mundiais (especialmente a Americana) e de negligenciar as necessidades de nações que não são consideradas estratégicas ou politicamente relevantes. Os críticos dizem que o Conselho já não espelha mais a realidade internacional, retratando uma visão obsoleta do sistema internacional característica do final da Segunda Guerra e ignorando a emergência de novas potências mundiais relevantes e com elas, novos interesses.

Uma das atuações do Conselho de Segurança refere-se às Intervenções humanitárias. Mesmo com a justificativa moral que embasa tais atuações, pautadas na solidariedade entre os povos na comunidade internacional e no “dever de proteger”, a atuação do conselho nesse campo é frequentemente alvo de críticas, seja pela demora em agir, o que acaba tornando a ação ineficaz, seja pela negligência, seja por mascarar o real interesse dos países que a executam. Além disso, tal ação confronta-se com o Princípio da não intervenção nos assuntos internos dos Estados Soberanos, consagrado pela Carta das Nações Unidas e pelo Direito Internacional. Encontrar o equilíbrio entre esses dois princípios: o “dever de proteger” e a “não intervenção” não é tarefa juridicamente nem eticamente fácil. Mas, a própria organização tem no seu cerne a promoção da paz, o que significa coibir violações de direitos humanos e fomentar o desenvolvimento e a cooperação entre os povos.

As intervenções humanitárias possuem uma justificativa moral que lhes dá fundamento pautada na solidariedade entre os povos, fundamental para a construção de uma “comunidade internacional” e no “dever de proteger”. Porém, a ação do Conselho de Segurança ao autorizar tais medidas entra em confronto com o **Princípio da não intervenção** nos assuntos internos dos Estados Soberanos,

consagrado pela Carta das Nações Unidas e pelo Direito Internacional. Já a **Responsabilidade de Proteger** trata-se de uma Doutrina adotada pela ONU em 2001, como resultado do estudo formulado pela International Commission on Intervention and State Sovereignty (ICISS), sendo adotada como documento oficial em 2005, por ocasião dos 60 anos de criação das Nações Unidas. Foi uma tentativa de buscar uma base teórica para uniformizar a atuação das Nações Unidas diante de graves conflitos humanitários. Ela está baseada em três pilares: a) evitar o conflito; b) proteger as vítimas do conflito; c) reconstrução após o conflito. Encontrar o equilíbrio entre esses dois princípios: a “responsabilidade de proteger” e a “não intervenção” não é tarefa juridicamente nem eticamente fácil. Mas, a própria Organização tem no seu cerne a promoção da paz, o que significa coibir violações de direitos humanos e fomentar o desenvolvimento e a cooperação entre os povos.

Conexo à responsabilidade de proteger, vem se consagrando o **Princípio da não indiferença** expresso na Carta da União Africana. Ele foi concebido dentro de uma cultura securitária (segurança humana) para legitimar e habilitar a intervenção militar em situação de mudança inconstitucional de governo e graves violações de direitos humanos. Ainda não expresso em nenhuma convenção de caráter universal, tal princípio tem se afirmado como fundamental na Proteção Internacional dos Direitos Humanos, sobretudo, quanto à negligência dos Estados e Instituições sobre a realidade de povos em situação de vulnerabilidade.



Refleta

Diante desses mecanismos, cabe refletir: qual sua efetividade na proteção dos direitos humanos? A atuação das Nações Unidas, neste sentido, tem sido bastante criticada. Qual a legitimidade da organização para atuar em graves crises humanitárias e por que existe seletividade na determinação de quais casos atuar ou não?

Em 2006, as Nações Unidas criam o **Conselho de Direitos Humanos**, que sucede a antiga e criticada Comissão de Direitos Humanos. A função do organismo é comunicar à Assembleia Geral das Nações Unidas sobre violações dos Direitos Humanos

no mundo inteiro. Além dos 47 países integrantes do Conselho, este também conta com a participação de diversas organizações não governamentais internacionais. No Conselho, os Estados-membros passam por Revisões Periódicas Universais (RPU) a cada 4 anos, promovida por três outros países membros que apontam situações de violações de direitos humanos no país avaliado. O papel de um organismo político como esse é dar visibilidade a tais violações, constrangendo o Estado a tomar providências em relação a elas (o chamado processo do *namings and shaming* ou “apontar e constranger”). Além disso, o Conselho também pode comunicar tais violações para o Conselho de Segurança para que sanções sejam tomadas contra o Estado violador.



Pesquise mais

Caro aluno, é importante saber que o Brasil já foi submetido a três Revisões Periódicas (em 2008; 2012 e 2017). Nessas ocasiões, o país é analisado por três outros países-membros do Conselho, os quais elaboram recomendações após avaliar a situação dos direitos humanos no país. Além disso, as Organizações Internacionais não governamentais, que são membros observadores do Conselho, também podem se manifestar apresentando seus relatórios.

Para compreender como tais Revisões funcionam e o conteúdo dos Relatórios e das recomendações destinadas ao Brasil nessas três ocasiões, recomenda-se a leitura desse didático informativo produzido pela ONG Conectas (uma das organizações que participa como membro observador do Conselho), que está disponível em: <<http://pubrasil.conectas.org/>>. Acesso em: 1 maio, 2017.

Além dos mecanismos extraconvencionais, o Sistema Universal também conta com os chamados **mecanismos convencionais**, ou seja, aqueles decorrentes de tratados internacionais promulgados no âmbito das Nações Unidas. Esses tratados, conhecidos como “os nove Grandes Tratados” Internacionais da ONU, estão apresentados em ordem cronológica.

1. Convenção internacional para a eliminação de todas as formas de discriminação racial (1965).

2. Pacto dos direitos civis e políticos (1966) e seus protocolos adicionais (primeiro protocolo, 1966 e segundo protocolo adicional, 1989).

3. Pacto dos direitos econômicos, sociais e culturais (1966) e seu protocolo opcional (2008).

4. Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (1979) e seu protocolo adicional (1999).

5. Convenção contra a tortura e outros tratamentos e penas cruéis, desumanas e degradantes (1984) e seu protocolo facultativo (2002).

6. Convenção sobre os direitos da criança (1989) e seus protocolos adicionais (2000).

7. Convenção internacional sobre a proteção dos direitos dos trabalhadores e trabalhadoras migrantes e suas famílias (1990).

8. Convenção internacional para a proteção de todas as pessoas contra o desaparecimento forçado (2006).

9. Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência (2006) e seu protocolo adicional (2006).

A cada uma dessas convenções corresponde um comitê de monitoramento relativo à aplicação e observância dos dispositivos destas pelos seus Estados-membros. Esses comitês também possuem relatórios especiais que se destinam a avaliar e eventualmente notificar ou denunciar o país quanto ao eventual descumprimento de suas normas. O Brasil ratificou todas essas convenções, com exceção da Convenção sobre os Direitos dos Trabalhadores(as) Migrantes e, portanto está submetido ao monitoramento dos respectivos comitês. O Brasil também não ratificou o Protocolo Adicional ao Pacto dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais, que dispõe sobre a vinculação ao comitê correspondente.



Pesquise mais

Caro aluno, que tal conhecer um pouco mais sobre os comitês e sua atuação? As Nações Unidas disponibilizaram um apanhado, inclusive com a menção de quais países fazem parte dos Tratados e Comitês. Você pode verificar por aqui: <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/Pages/TreatyBodies.aspx>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

Além disso, a ONU lançou um interessante mecanismo de busca, no qual você pode verificar a jurisprudência dos casos levados a estes comitês. A ferramenta está disponível em: <<http://juris.ohchr.org/>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

Para uma descrição e análise mais detalhada sobre os comitês, recomendo também a leitura do livro *Processo internacional de Direitos Humanos*.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Os Estados-membros devem apresentar relatórios periódicos aos comitês demonstrando seus esforços no cumprimento dos dispositivos das convenções. Além disso, as organizações internacionais não governamentais que atuam nessas diversas áreas podem apresentar relatórios complementares, chamados de “relatórios sombra” (*shadow reports*). Esse tem sido um importante mecanismo para dar visibilidade a eventuais violações das convenções, uma vez que os Estados nem sempre apontam todas suas falhas.



Exemplificando

O Brasil foi denunciado ao comitê da ONU sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, em 2011. Tratava-se do caso Alyne Pimentel, ocorrido em 2002, um caso de violência obstétrica. A gestante, havia procurado a rede pública de saúde queixando-se de fortes dores e teve seu apelo negligenciado, vindo ela e seu bebê a falecer posteriormente em decorrência da falta de atendimento necessário. O caso foi levado ao conhecimento do Comitê em 2011 e o Brasil foi condenado a pagar indenização à família da vítima, além da recomendação de que aprimorasse o tratamento às mulheres gestantes na rede pública, garantindo seus direitos a um parto seguro, bem como resguardando a saúde de mãe e filho.

O caso ilustra a possibilidade de que qualquer cidadão de Estados-membros das Convenções e que são partes, também, dos Comitês correspondentes, pode levar denúncia de violação dos direitos humanos por elas previstos a esses organismos. É um importante mecanismo de afirmação de tais direitos e de efetividade da responsabilidade internacional do Estado.

Veja que a consagração dos Direitos Humanos a nível internacional foi fundamental para assegurar um dos princípios essenciais desses direitos, sua universalidade. Mas, por que esse processo foi importante? Por causa de uma dúbia posição dos Estados: eles são ao mesmo tempo os destinatários da norma, ou seja, aqueles que possuem o dever de assegurar tais direitos, porém nem sempre o fazem, mesmo diante do compromisso internacional assumido perante os Tratados Internacionais. Nesse sentido, mecanismos de supervisão e controle, como os descritos acima, são fundamentais para apurar a responsabilidade dos Estados na proteção dos direitos humanos.

Infelizmente, observamos que mesmo Estados democráticos realizam violações. Essas violações são cometidas por aqueles que agem em nome do Estado, ou investidos da função pública. Por exemplo, agentes do poder executivo podem cometer violações por negligência ou omissão no dever de promover políticas públicas que garantam tais direitos ou por ações concretas que os violem. Já os membros do Poder Legislativo podem causar violações ao aprovar leis que contrariem ou suprimam tais direitos. Por fim, o Poder Judiciário pode violar os direitos humanos por meio de decisões ou da interpretação de normas que contrariem os compromissos internacionais assumidos pelo Estado. Tais situações acarretam a responsabilidade internacional dos Estados perante os mecanismos internacionais de supervisão e controle: sejam mecanismos políticos, como os mencionados anteriormente, sejam mecanismos judiciais como as Cortes de Direitos Humanos que serão estudadas eventualmente.

Com todas essas informações, agora você já pode trabalhar na situação-problema proposta. Vamos lá?

Sem medo de errar

Caro aluno, você foi instado a refletir sobre a importância dos Sistemas Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos, como parte da tarefa de produzir um parecer a ser apresentado na Corte Interamericana de Direitos Humanos referente ao caso Gomes Lund e outros versus Brasil. Você assume a posição de Defensor Interamericano e, portanto, deve refletir, em seu parecer, a importância desses sistemas.

Veja, o Estado é, muitas vezes, o próprio destinatário e ao mesmo tempo violador dos Direitos Humanos, os quais se comprometeu

internacionalmente em proteger. Ele pode violar tais direitos por meio de ações ou omissões que resultem em descumprimento das normas internacionais de proteção aos direitos humanos. Quando falamos dos Estados, evidentemente tais violações podem ser cometidas por seus agentes, aqueles que agem em nome dele e pela representação de qualquer um de seus três poderes.

Verifica-se que, mesmo Estados democráticos como o nosso, incorrem em tais violações. Portanto, mecanismos para tornar tais normas efetivas são fundamentais. Esses mecanismos, sejam eles políticos (Organizações Internacionais), ou jurídicos (Cortes Internacionais), constroem os Estados perante à comunidade internacional a observar e fazer cumprir as normas às quais se comprometeram. Além de, eventualmente, responderem por tais violações, indenizando as vítimas, promovendo ações afirmativas, abstendo-se de condutas violadoras, ou mesmo modificando sua legislação para bem dar cumprimento a tais normas.

Os Direitos Humanos, historicamente, sempre precisaram ser afirmados e defendidos contra os desmandos do poder Estatal. Tais mecanismos estabelecem uma era de responsabilização internacional do Estado pela violação de tais direitos, mesmo quando o próprio país se nega a reconhecê-las. No caso Gomes Lund e outros versus Brasil temos um exemplo claro disso. O STF considerou constitucional a Lei da Anistia, obstaculizando o direito das vítimas à verdade e à justiça, o que viola a Convenção Americana de Direitos Humanos. Temos aqui um conflito de interpretação entre uma Corte Suprema Nacional e uma Corte Internacional. A decisão da Corte Interamericana demonstra que a soberania do Estado não está acima da proteção dos Direitos Humanos e que a Corte é a intérprete legítima da Convenção Americana, ou seja, é a Corte que tem a competência para estabelecer se a Convenção foi efetivamente cumprida. E, assim, a interpretação do Estado deve submeter-se à da Corte.

Diante dessa reflexão, você deveria analisar a importância dos mecanismos internacionais de proteção aos direitos humanos, para dar início à confecção do parecer. Nesse ponto, é importante reconhecer que esses mecanismos são fundamentais para apurar a responsabilidade dos Estados que, mesmo sendo Estados democráticos como o nosso, podem ser violadores dos direitos humanos dos indivíduos a quem deve proteger. É da essência dos Direitos Humanos serem contra

majoritários e, portanto, precisam ser assegurados mesmo diante dos Estados, que são seus principais destinatários.

Avançando na prática

Tortura

Um dos problemas mais graves quanto a violações de direitos humanos em nosso país é a prática constante de tortura em delegacias em todo o país. Infelizmente, uma herança terrível do período da ditadura militar que ainda persiste em nosso país. Você é advogado de uma Organização Não Governamental que se dedica ao combate da violência e à promoção do acesso à justiça. Chegou a seu conhecimento relato de prática de tortura em interrogatório promovido pela Polícia Militar. A família da vítima contatou a ONG em busca de amparo e justiça, relatando que não conseguiu levar o caso às autoridades nacionais, pois foi ameaçada e negligenciada. Você, então, decide auxiliar a família no caso, buscando a responsabilidade internacional do Estado. Qual atitude você tomaria nesse caso? Como você orientaria a família?

O Brasil ratificou a Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanas e Degradantes (1984) e também está submetido ao Comitê relacionado ao tratado. Você, como advogado da organização, pode auxiliar e orientar as vítimas a denunciar o caso para comitê respectivo, relatando o caso e mencionando as provas para comprovar não apenas a prática violadora de tais direitos, como também a tentativa feita pelas vítimas de levar o caso às autoridades nacionais, porém sem sucesso. As instâncias internacionais são complementares e podem ser acionadas em caso de omissão ou falha do Estado na proteção de seus cidadãos. Você deve informar às vítimas de que esta é uma prática contrária aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado Brasileiro e que o Comitê pode elaborar recomendações ao Estado, como, também, ordenar a indenização da vítima pelos danos sofridos. Você deve orientar as vítimas e levar a denúncia ao Comitê contra a tortura, solicitando a responsabilização do Estado e, eventualmente, a reparação dos danos causados às vítimas.

Faça valer a pena

1. O Sistema Universal de Proteção aos Direitos Humanos é uma conquista da comunidade internacional, que criou instrumentos normativos e institucionais para afirmar a universalidade de tais direitos.

No que se refere à formação do Sistema Universal de proteção aos Direitos Humanos, assinale a alternativa correta:

- a) O Sistema universal, também chamado de Onusiano, é composto de Cortes Internacionais que julgam Estados violadores de Direitos Humanos.
- b) A Organização das Nações Unidas possui mecanismos institucionais para a proteção de direitos humanos, dentre eles o Tribunal Penal Internacional.
- c) O Conselho de Direitos Humanos é um organismo político que se destina a monitorar violações de direitos humanos cometidas por seus Estados-membros.
- d) O Conselho de Segurança das Nações Unidas atua na proteção de direitos humanos, contudo suas decisões não são vinculativas.
- e) A Assembleia geral é o órgão responsável por autorizar as intervenções humanitárias.

2. As Nações Unidas produziram importantes tratados internacionais que formam um conjunto de normas que se destinam à proteção internacional dos Direitos Humanos. Esses Tratados possuem Comitês direcionados ao monitoramento do cumprimento de suas normas pelos Estados signatários. No que se refere à atuação dos Comitês na proteção dos Direitos Humanos, assinale a alternativa correta:

- a) O Brasil é signatário do Pacto dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais e se submete ao monitoramento de seu comitê.
- b) Os comitês são órgãos políticos, por isso as pessoas não podem denunciar casos a esses órgãos, somente os Estados.
- c) Os comitês possuem função judicial, julgando Estados violadores de Direitos Humanos e que tenham ratificado as Convenções correspondentes.
- d) Os comitês são órgãos políticos que dão visibilidade às violações de direitos humanos cometidas pelos Estados partes, mas não podem fazer nenhuma recomendação a eles.
- e) Os comitês possuem relatorias que avaliam o cumprimento das normas dos Tratados correspondentes pelos Estados partes.

3. Quando se trata das intervenções humanitárias, a atuação das Nações Unidas é sempre digna de críticas, não apenas pela sua seletividade, mas também pela sua incapacidade de colocar em prática

os princípios basilares da ONU de manutenção da paz e proteção aos direitos humanos universais.

No que se refere às Intervenções Humanitárias, assinale a alternativa correta:

- a) As Intervenções só podem ser autorizadas pela Assembleia Geral, órgão máximo da ONU.
- b) A responsabilidade de proteger é uma doutrina adotada pela ONU formada por três pilares: a responsabilidade de evitar o conflito; a responsabilidade de proteger as vítimas durante o conflito; e a responsabilidade de reconstruir.
- c) O Conselho de Segurança não pode autorizar intervenções humanitárias, em razão do princípio da não intervenção previsto na Carta da ONU.
- d) As Missões de Paz são autorizadas pela Assembleia Geral, por 2/3 de seus membros.
- e) A responsabilidade de proteger refere-se a um tratado internacional que vincula seus Estados-membros a proteger as vítimas de conflitos internacionais.

Seção 2.2

Sistemas regionais de proteção aos Direitos Humanos

Diálogo aberto

Caro aluno, veja que você está em processo de escrever um parecer sobre o caso Gomes Lund e outros versus Brasil. Você já analisou, na seção anterior, a responsabilidade do Estado e a importância dos sistemas de Monitoramento de violações de Direitos Humanos. Agora, você precisa avançar mais um pouco na sua análise e verificar como se dá o funcionamento do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, no qual o caso foi apresentado.

Lembrando que, nesta unidade, você precisa produzir um parecer sobre o caso Gomes Lund e outros versus Brasil. Nesse momento, você precisa desenvolver um elemento importante para compor seu parecer, que responde à indagação sobre como se dá o trâmite da denúncia no Sistema Interamericano, apontando os requisitos de admissibilidade da denúncia que serão avaliados pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que tem competência para tanto. Além de verificar qual o papel da Comissão Interamericana diante do Sistema, como o Sistema Interamericano se diferencia do Europeu, ou seja, no Sistema Interamericano o indivíduo tem acesso direto? Como se dá o juízo de admissibilidade e quais seus requisitos?

Bom, você tem uma tarefa importante pela frente. Então, vamos aos estudos?

Nesta seção, estudaremos os Sistemas Regionais de Proteção aos Direitos Humanos: o Sistema Europeu, o Sistema Africano e Árabe e, evidentemente o Sistema Interamericano, do qual o Brasil faz parte.

Não pode faltar

Caro aluno, os Sistemas Regionais de Direitos Humanos foram um importante avanço no sentido de coibir violações de tais direitos. Eles atendem às peculiaridades e características políticas e culturais de cada região. Vamos começar pelo Sistema do qual nosso país faz parte: o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos.

O Continente Americano também possui seus instrumentos de proteção aos Direitos Humanos, criados no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), organização criada em 1948 pelo Acordo de Bogotá (entrando em vigor em 1951). A organização, cujas raízes históricas são ainda mais antigas (remontando à Primeira Conferência Interamericana em Washington, EUA, em 1889), é constituída por quase todos os países do continente americano e tinha como escopo integrar a região e favorecer a cooperação e a aproximação política, social e econômica entre os povos americanos.

O primeiro documento aprovado no âmbito da Organização Interamericana teve sua gênese na IX Conferência em Bogotá, no ano de 1948. Trata-se da **Declaração Americana dos Direitos e Deveres Humanos**. Porém, o mais notório documento regional sobre o tema é a **Convenção Interamericana dos Direitos do Homem** (Pacto de San José da Costa Rica, de 1969), que além de estabelecer uma série de direitos e princípios comuns sobre o respeito aos Direitos Humanos, garantir liberdades individuais e o acesso à justiça, desenvolvimento e dignidade a todos os países das Américas, também criou a Corte Interamericana de Direitos Humanos e atribui novos poderes à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (órgão criado anteriormente, como mecanismo político de monitoramento de violações de Direitos Humanos no âmbito da OEA).



Pesquise mais

Que tal conhecer um pouco mais sobre a Convenção Americana de Direitos Humanos? Leia o texto na íntegra em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 28 jun. 2017.

Além desses documentos gerais, existem outros relativos a direitos de grupos específicos ou temas determinados, que merecem menção pela sua importância e influência no ordenamento jurídico dos países-membros da organização. São eles: a Convenção Interamericana sobre a Concessão dos Direitos Políticos à Mulher (1948) e dos Direitos Cíveis da Mulher (em vigor desde 1953), Convenção para Prevenir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (1994); Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985) e a Carta Democrática Interamericana de 2001, documento que visa afirmar

a liberdade de expressão e a participação democrática em um continente que já experienciou o poder de governos ditatoriais que suprimiam os direitos de seus cidadãos. Assim como a Convenção Americana, esses documentos são importantes para a proteção dos direitos humanos dentro deste sistema do qual nosso país faz parte.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos é a responsável por receber as comunicações de particulares e organizações não governamentais sobre violações de Direitos Humanos e, após pedir esclarecimentos ao Estado denunciado, se julgar pela admissibilidade da denúncia, encaminhá-las à Corte de Direitos Humanos, que procederá ao julgamento da questão. Além da própria Comissão, somente os Estados podem oferecer denúncias à Corte. A Comissão também pode optar por manter a questão apenas no campo político, emitindo recomendações ao Estado faltoso. Caso essas recomendações não sejam seguidas, a Comissão pode levar a questão para a Assembleia Geral da OEA, que cobrará responsabilidades do Estado, podendo, inclusive, aprovar sanções.

Ainda, a Corte Interamericana de Direitos Humanos é formada por sete juizes, representantes escolhidos dentre os Estados da OEA, possuindo um mandato de seis anos com possibilidade de reeleição. A sentença por ela proferida tem caráter definitivo e inapelável, irrecusável pelo Estado, devendo o mesmo restaurar o *status quo ante*, ou se isso não for possível indenizar as vítimas.

E quanto ao nosso país? O Brasil aceitou a jurisdição da Corte em 1998. Portanto, as decisões da Corte, em relação ao nosso ordenamento, figuram como uma sentença internacional, advinda de jurisdição de uma Corte a qual o Brasil aderiu voluntariamente ao ratificar seu tratado constitutivo. Todavia, nosso ordenamento jurídico ainda não dispõe de mecanismos de execução de sentenças provenientes de tribunais internacionais. Para tentar corrigir esse problema e legalizar a indenização às vítimas provenientes de casos onde o Brasil fora condenado, o Presidente da República autorizou, por meio do Decreto nº 6.185 de 2007, a Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República a “promover as gestões necessárias ao cumprimento da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos” referentes ao caso Damião Ximenes.



Veja, conforme mencionado, a Comissão não precisa necessariamente encaminhar todos os casos à Corte. A Comissão pode apenas fazer recomendações ao Estado que pode acatá-las. Um exemplo é o caso da Lei Maria da Penha, que foi o resultado de uma recomendação da Comissão ao Brasil a partir do caso da denúncia da senhora Maria da Penha, vítima de tentativa de assassinato pelo seu ex-esposo. O Brasil não tinha legislação protetiva em relação à violência contra as mulheres.

Por outro lado, a Comissão pode encaminhar casos para serem julgados pela Corte Interamericana, caso julgue importante. Esses casos, considerados paradigmáticos, geram jurisprudência que vincula os Estados que reconheceram a jurisdição da Corte, como é o caso do Brasil. A propósito de nosso país, você sabia que o Brasil já foi diversas vezes réu perante a Corte? Além do Caso Damião Ximenes supracitado, o Brasil já foi condenado em outros casos: Caso Gomes Lund versus Brasil (2010); Caso Escher versus Brasil (2009); Caso Garibaldi versus Brasil (2009); Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde versus Brasil (2016); Caso Favela Nova Brasília (2017) e está em fase de audiência o Caso Vladimir Herzog (2017). O Brasil foi absolvido no caso Nogueira de Carvalho versus Brasil (2006).

Importante observar que a Jurisdição internacional obedece ao princípio da complementaridade, ou seja, é necessário que a vítima já tenha esgotado os recursos internos para que haja a admissibilidade da denúncia. Além desse requisito, também são condições de admissibilidade da denúncia: ausência do decurso do prazo de seis meses, contados do esgotamento dos recursos internos, para apresentação da petição; ausência de litispendência internacional; ausência de coisa julgada internacional.

Porém, existem exceções a esse princípio. Vamos pontuá-los aqui para que você possa analisar: a) não existir o devido processo legal para a proteção do direito violado; b) falta de acesso da vítima aos recursos da jurisdição interna; c) demora injustificada na decisão; d) recurso inútil ou inidôneo; e) barreira ao acesso à justiça.

Outra atribuição da Corte é a de interpretar a Convenção Americana e determinados tratados de direitos humanos, em procedimentos que não envolvem a adjudicação para fins específicos, a chamada

competência consultiva. Nessa esteira, qualquer membro da OEA pode solicitar o parecer da Corte em relação à interpretação da Convenção ou de qualquer outro tratado relativo à proteção dos direitos humanos no continente. Além disso, a Corte pode opinar sobre a compatibilidade de preceitos da legislação doméstica em face de instrumentos internacionais, atuação chamada de **controle de convencionalidade das leis**.



Exemplificando

O Controle de Convencionalidade tem por finalidade verificar a compatibilidade vertical da norma nacional com os Tratados Internacionais ratificados pelo Estado e vigentes no território nacional.

Após o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, há um novo tipo de controle das normas infraconstitucionais, que é o *controle de convencionalidade* das leis. A Emenda em questão inclui o § 3º ao artigo 5º da Constituição Federal (CF), que dispõe 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” (BRASIL, 1988, [s.p.]). Diante disso, estatui-se que a produção normativa doméstica conta com um duplo limite vertical material: a) a Constituição e os tratados de direitos humanos; e b) os tratados internacionais comuns em vigor no país.

Em relação aos Tratados de Direitos Humanos, coexistem em nosso ordenamento aqueles que foram e os que não foram aprovados com o quorum qualificado que o art. 5º, § 3º da Constituição prevê. Caso não tenham sido aprovados com essa maioria qualificada, seu status será de norma (apenas) materialmente constitucional, como identificado pela redação do § 2º do art. 5º: “os direitos e garantias expressos nessa 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” (BRASIL, 1988, [s.p.]). Essa prerrogativa garante-lhes serem instrumentos somente de controle *difuso* de convencionalidade. De outra sorte, aqueles que tenham sido aprovados e entrado em vigor no plano interno após sua ratificação pela sistemática do art. 5º, §

3º, sendo também formalmente constitucionais, servirão também de paradigma do controle *concentrado*, para além, é claro, do difuso de convencionalidade. Esses tratados de direitos humanos, paradigmas do controle concentrado, autorizam que os legitimados para a Ação Direta de Inconstitucionalidade previstos no art. 103 da Constituição proponham tal medida no Supremo Tribunal Federal (STF) como meio de retirar a validade de norma interna (ainda que *compatível* com a Constituição) que viole um tratado internacional de direitos humanos em vigor no país. Quanto aos tratados internacionais comuns, temos como certo que eles servem de paradigma de controle de *legalidade* das normas infraconstitucionais, de sorte que a incompatibilidade destas com os preceitos contidos naqueles invalida a disposição legislativa em causa, em benefício da aplicação do tratado.

É o que ocorre, por exemplo, com o Pacto de San José da Costa Rica de 1969. Sua aprovação pelo Congresso Nacional não se deu pelo quorum requerido para a aprovação de uma norma com força de emenda constitucional, pois este foi incorporado ao nosso ordenamento em 1992, portanto anteriormente à Emenda Constitucional (EC) 45/2004. Apesar de materialmente constitucional, a Convenção Interamericana supracitada não poderia ser considerada também formalmente constitucional. A situação *sui generis* teve sua expressão em uma decisão do Supremo Tribunal Federal referente ao Habeas Corpus (HC) 87.585-8/TO, proferida em 2008. A questão se tratava do pedido de soltura de um réu considerado depositário infiel, crime previsto pela nossa Constituição, porém condenado e abolido pela Convenção Interamericana a qual o Brasil havia aderido. Nas palavras do ministro Celso de Melo:



Posta a questão nesses termos, a controvérsia jurídica remeter-se-á ao exame do conflito entre as fontes internas e internacionais (ou, mais adequadamente, ao diálogo entre essas mesmas fontes), de modo a se permitir que, tratando-se de convenções internacionais de direitos humanos, estas guardem primazia hierárquica em face da legislação comum do Estado brasileiro, sempre que se registre situação de antinomia entre o direito interno nacional e as cláusulas decorrentes de referidos tratados internacionais. (BRASIL, 2008, [s.p.]).

Com base nessa análise, o STF concedeu status de suprallegalidade à Convenção Interamericana, não a igualando à CF, já que não havia sido aprovada pelo quorum necessário às emendas, mas acima das leis ordinárias, uma vez que se tratava de norma materialmente constitucional e também pela prevalência dos Direitos Humanos consagrada pelo art. 4º, II da CF/1988 (referente aos princípios que regem as relações internacionais do Brasil). Como resultado, está afastada da justiça brasileira a possibilidade de prisão do depositário infiel, restando apenas a possibilidade de prisão por dívida de alimentos.



Pesquise mais

Caro aluno, o Ministério da Justiça lançou uma série de Cadernos de Jurisprudência organizada por assuntos de interesse, todos em português. Você pode consultá-los e fazer o download por meio do site: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-lanca-colecao-jurisprudencia-da-corte-interamericana-de-direitos-humanos>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

O Sistema Europeu de Direitos Humanos

Você sabia que o Sistema Europeu foi o primeiro sistema regional criado? A Europa, ainda sob os efeitos de duas Grandes Guerras, que foram palco de terríveis violações de direitos humanos e, buscando desenvolver-se pós-Segunda Guerra, também possui o seu sistema de proteção aos Direitos Humanos, expresso na mais importante experiência de “judicialização” de direitos humanos, pois pela primeira vez na história Estados se submetem a obrigações juridicamente vinculantes no sentido de assegurar os direitos humanos de indivíduos.

Elaborada no âmbito do Conselho da Europa criado em 1949, após a Segunda Guerra Mundial com o objetivo de unificar a Europa, a Convenção de Roma, também chamada de Convenção Europeia de Direitos Humanos (de 1950) e demais Protocolos Adicionais, constitui-se no principal documento europeu de proteção aos direitos humanos.

Em 1959, instalava-se a Corte Europeia de Direitos Humanos, com sede em Estrasburgo, na França, sem dúvida o mais desenvolvido de todos os sistemas regionais, contando com 47 Estados-membros. A criação da Corte Europeia foi uma reação aos horrores cometidos durante as duas Guerras Mundiais e ao nazismo. A Corte possui tanto a competência consultiva quanto contenciosa. Quanto à primeira,

a Corte pode, por solicitação do Comitê de Ministros (art. 47 da Convenção) emitir pareceres consultivos sobre a interpretação da Convenção de Roma e seus Protocolos.

A competência contenciosa pode se dar pela provocação de qualquer pessoa, grupo de pessoas ou organização não governamental que tenha conhecimento de uma violação cometida por Estado-membro (art. 34). Importante mencionar que, ao contrário da Corte Interamericana, a Comissão Europeia de Direitos Humanos foi extinta e, portanto, neste Sistema os indivíduos têm acesso direto à Corte Europeia.

No juízo de admissibilidade da denúncia, a Corte, levando em consideração o art. 35 da Convenção, observa os seguintes requisitos: a) esgotamento prévio dos recursos internos; b) observância do prazo de seis meses, a contar da data da decisão definitiva; c) não ser anônima; d) inexistência de litispendência internacional; e) não ser manifestamente infundada; f) não constituir abuso de direito de petição; e g) que o Estado denunciado e o violador façam parte da Convenção. Suas decisões são juridicamente vinculantes, de caráter declaratório e definitivas, não cabendo apelação. Em caso de descumprimento da decisão da Corte, o Estado pode sofrer várias sanções até chegar à medida extrema que é a expulsão do Conselho da Europa.



Refleta

Veja, mesmo Estados democráticos podem perpetrar violações de Direitos Humanos. Podemos observar diversos exemplos disso, não apenas no Sistema Interamericano, quanto no Sistema Europeu também. Essa perspectiva revela a essência contramajoritária dos direitos humanos, ou seja, eles muitas vezes precisam ser afirmados contra a vontade da maioria que impera em Estados Democráticos.

Um exemplo disso é o caso *Lautsi versus Itália* perante a Corte Europeia, no qual uma cidadã italiana denunciou o Estado contra a imposição de crucifixos em escolas públicas na Itália, supostamente, um Estado laico. A Corte decidiu que o Estado teria o direito de decidir diante de questões controversas, ou seja, que haveria uma “margem de apreciação” na interpretação das normas da Convenção Europeia quando o caso envolver questões de profundo impacto social e cultural para cada Estado.

Será que essa não foi uma decisão equivocada da Corte, deixando a critério do Estado violador, se sua atitude foi realmente uma violação? Essa margem de apreciação é importante para efetividade das normas, ou ela enfraquece a decisão das Cortes? E se o caso tivesse ocorrido no Brasil e encaminhado à Corte Interamericana, qual seria a repercussão interna?

Sistema Africano de Proteção aos Direitos Humanos

Herdeira de um passado colonial de exploração e escravidão, uma das regiões do globo que mais tem sido assolada por conflitos sangrentos e violações sistemáticas de direitos humanos, o Continente Africano era sedento de normas que reconhecessem e tornassem efetivas a proteção a esses direitos. Assim, o Sistema Africano de proteção aos Direitos Humanos foi implementado, conexo à **Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos** de 1986, ligada à Organização da União Africana (OUA).

Se a Carta é o documento jurídico que assegura os direitos dos povos africanos, ela também institui a **Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos**, que está em funcionamento desde 1987, tem sede em Banjul (Gâmbia) e é composta por onze membros eleitos entre personalidades africanas que gozem de respeito e consideração na comunidade, para um mandato de seis anos (renováveis). Cabe à Comissão receber as petições de vítimas de violações, realizar pesquisas e reunir documentação que demonstrem possíveis violações de direitos humanos, bem como interpretar as disposições da Carta Africana, dentre outras previstas pelo seu art. 44. A Comissão não possui caráter coercitivo, somente recomendatório.

O Sistema Africano também possui sua Corte Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, a qual foi estabelecida em 1998 pelo Protocolo Anexo à Carta Africana, porém só entrou em vigor em 2004. A Corte é composta de onze juizes eleitos para um mandato de seis anos (sujeito à reeleição). A Corte possui tanto a competência consultiva, quanto contenciosa, a exemplo da Corte Interamericana. Sendo que a possibilidade de provocar a sua competência contenciosa cabe: a) à Comissão africana; b) o Estado parte que submeteu o caso perante a Comissão; c) o Estado parte contra o qual o caso foi submetido; d) o Estado parte cujo cidadão é vítima de violação de direitos humanos; e) as Organizações Intergovernamentais Africanas. As decisões são

tomadas por maioria e são definitivas, não cabendo apelação, porém a Corte pode revisar suas decisões à luz de novas provas.

O Sistema Islâmico

O Sistema Islâmico tem seu primeiro documento na **Declaração Islâmica Universal dos Direitos do Homem**, de 1981. Outro documento que merece destaque é a **Declaração dos Direitos Humanos do Cairo**, de 1990, firmada pelos países-membros da Organização da Conferência Islâmica, a qual proporciona uma visão geral da perspectiva muçulmana sobre os Direitos Humanos e consagra a Sharia como sua fonte principal. Além desses, outro documento importante é a **Declaração dos Direitos dos Povos Árabes**, de 1994.

A **Sharia** é a Lei Muçulmana, legislação derivada do Alcorão (livro Sagrado do Islamismo, segundo a crença, revelado ao Profeta Maomé pelo anjo Gabriel) e da *sunna* ou *hadith* (uma coleção de passagens e feitos da vida do Profeta que viveu de 570 a 632 d.C.). A Sharia é adotada como sistema jurídico em países como o Irã e a Arábia Saudita. Com a expansão do Islã a partir do século VIII, surgiram várias escolas de interpretação da Lei Islâmica em diferentes países. Mas, a influência corânica no sistema normativo dos países muçulmanos é a pedra fundamental do ordenamento jurídico desses Estados e da forma como concebem os Direitos Humanos.

Então, vamos praticar?

Sem medo de errar

Caro aluno, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos possui dois órgãos que atuam em conjunto. Um órgão político, vinculado à OEA, que é a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, e outro judicial, vinculado à Convenção Americana de Direitos Humanos, que é a Corte Interamericana de Direitos Humanos. A Comissão, nesse processo, tem a competência para realizar o chamado “juízo de admissibilidade”, que é a análise da procedência e cabimento da denúncia. A Comissão pode ou não, segundo seus próprios critérios políticos, encaminhar posteriormente o caso para julgamento perante a Corte Interamericana, ou simplesmente encaminhar Recomendações ao Estado faltoso e, caso ele não cumpra, pode levar a denúncia de

tal violação à Assembleia Geral da OEA para ser resolvida no campo político. Assim, o Sistema Interamericano difere do Europeu, no qual a Comissão Europeia foi extinta, dando acesso direto dos indivíduos ao Sistema. No Sistema Interamericano a Comissão serve como uma espécie de “filtro” para a admissibilidade dos casos.

A Comissão, então, observa se a vítima antes buscou a responsabilidade pela violação perante o sistema jurídico nacional. Esse fator é essencial em respeito ao princípio da complementaridade da justiça internacional. Você deve observar, também, as exceções a esse princípio, que são: a) não existir o devido processo legal para a proteção do direito violado; b) falta de acesso da vítima aos recursos da jurisdição interna; c) demora injustificada na decisão; d) recurso inútil ou inidôneo; e) barreira ao acesso à justiça.

Nesta unidade, você deverá produzir um Parecer sobre o Caso Gomes Lund e outros versus Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, adotando a posição de Defensor Interamericano. A seguir, tem-se a estrutura de como deve ser redigido um Parecer Jurídico:

Título: Parecer Jurídico Caso Gomes Lund vs. Brasil

a) Endereçamento: neste ponto, você deve nomear a quem será encaminhado o seu Parecer (pode ser uma autoridade, pessoa física ou jurídica).

b) Ementa: espécie de resumo, que identifica as principais palavras-chaves e conteúdo do Parecer.

c) Relatório: neste ponto, você irá descrever o caso, relatando os fatos e circunstâncias. É importante mencionar todas as questões que julgar importantes para a resolução.

d) Fundamentação: nesse momento, você irá apontar as teses normativas e teóricas que embasam sua avaliação do caso. Busque apontar as normas e argumentos que sustentarão sua conclusão final.

e) Conclusão: síntese dos pontos mais importantes que você analisou do caso, respondendo às principais questões que lhe foram solicitadas no parecer.

Finalize com a expressão “É o Parecer” e identifique-se.

Responsabilidade do Estado por violação de Direitos Humanos

Você é advogado, ativista em direitos humanos, e foi procurado por uma senhora cujo filho foi preso por furto. Segundo a legislação brasileira, o rapaz já deveria ter sido solto, mas permanece preso e em condições desumanas em um presídio. Apesar das tentativas suas e da mãe do rapaz em soltá-lo, as tentativas legais foram frustradas dada a negligência da autoridade pública. Além disso, o rapaz foi vitimado por uma briga de facções no presídio e veio a óbito. A autoridade pública negou informações sobre a situação do rapaz e sobre os motivos que levaram ao seu assassinato. Sabe-se que a autoridade também não foi capaz de garantir a segurança dos detentos, agindo com total irresponsabilidade e facilitando o desfecho trágico. Na posição de advogado, qual seria sua atitude? Como você buscaria a responsabilidade do Estado, considerando que você já havia buscado todas as vias legais possíveis no país?

Caro aluno, nesse caso, você pode recorrer às instâncias internacionais, dada sua natureza complementar. Claramente, observa-se que você já havia buscado as possibilidades legais internas e essas possibilidades foram negadas. Cabe a você auxiliar a família a levar o caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, fazendo uma denúncia formal contra o Brasil. Veja, basta preencher a petição, descrevendo os fatos. A Comissão irá observar a admissibilidade do caso e se tal situação representa uma violação da Convenção Americana de Direitos Humanos. Diga-se de passagem, nesse caso, observa-se flagrante violação do acesso à verdade e à justiça. A Comissão poderá fazer recomendações ao Estado, as quais podem ir desde a indenização das vítimas até a garantia de que situações como essa não se repitam em seu sistema jurídico-carcerário. Caso o país não cumpra, a Comissão pode encaminhar à Assembleia Geral da OEA ou então para julgamento pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Faça valer a pena

1. A justiça internacional não é como a justiça nacional, na qual impera uma ótica de subordinação. A justiça internacional só pode ser acionada uma vez que a justiça nacional não possa ou não queira responder à determinada violação.

No que se refere à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação ao Brasil, assinale a alternativa correta:

- a) O Estado Brasileiro não se submete à Corte Interamericana de Direitos Humanos por entender que a decisão de uma corte externa violaria sua soberania.
- b) A Competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos é complementar a dos Estados-membros.
- c) As decisões da Corte Interamericana não são obrigatórias para o Brasil, pois trata-se de uma jurisdição internacional.
- d) O Brasil não aderiu voluntariamente à jurisdição da Corte Interamericana, essa foi uma imposição ao ratificar a Convenção Americana de Direitos Humanos.
- e) As decisões da Corte somente repercutem sobre o Estado condenado, não constituindo jurisprudência vinculante para os demais Estados.

2. O processo internacional de proteção de direitos humanos foi um avanço na afirmação destes direitos, pois tornou possível, com base no princípio da universalidade, buscar a responsabilidade dos Estados por violações cometidas contra qualquer indivíduo, de qualquer nacionalidade. Em relação ao Processo Internacional de Direitos Humanos, assinale a alternativa correta:

- a) Trata-se de uma jurisdição estrangeira, caracterizada pelo conflito entre ordenamentos jurídicos.
- b) É uma jurisdição complementar à jurisdição nacional e, portanto, não requer o esgotamento dos recursos internos, sendo possível recorrer a ela diretamente.
- c) Os indivíduos possuem acesso direto à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos.
- d) Os indivíduos possuem acesso direto à jurisdição da Corte Europeia de Direitos Humanos, desde que a Comissão Europeia foi extinta.
- e) A Corte Europeia de Direitos Humanos não permite o acesso direto dos indivíduos à sua jurisdição, ao contrário da Corte Interamericana.

3. A jurisdição da Corte Interamericana é complementar à jurisdição de seus Estados-membros. Isso significa que se deve primeiro buscar o esgotamento dos recursos internos, para só depois buscar a justiça internacional.

Com base nas exceções possíveis ao princípio da complementaridade, assinale a opção correta:

- a) A demora injustificada na decisão não é motivo suficiente para afastar o princípio da complementaridade.
- b) A inexistência do devido processo legal quanto ao direito violado é um dos motivos que torna desnecessário o esgotamento dos recursos internos.
- c) O esgotamento dos recursos internos significa buscar todos os tipos de recursos jurídicos como embargos, recurso especial, recurso extraordinário etc. e mesmo assim perder a causa.
- d) Barreiras ao acesso à justiça, por si só, não são causas para considerar desnecessário o esgotamento dos recursos internos.
- e) O recurso inútil ou inidôneo não pode ensejar a admissibilidade da denúncia.

Seção 2.3

Mecanismos internacionais de proteção e monitoramento de Direitos Humanos

Diálogo aberto

Caro aluno, lembrando do contexto a partir do qual você está desenvolvendo seu Parecer como Defensor Interamericano sobre o caso Gomes Lund versus Brasil, é fundamental que você enfrente uma questão crucial na proteção dos direitos humanos: sua face punitiva. O Processo Internacional de Direitos Humanos tem um caráter sancionador, ou seja, impor uma punição seja ao Estado (perante as Cortes de Direitos Humanos), seja aos indivíduos (nos Tribunais Penais Internacionais) que porventura tenha violado os direitos humanos.

Assim, na sua função de Defensor Público Interamericano, você agora finalizará o Parecer que lhe foi solicitado sobre o caso Gomes Lund e outros versus Brasil. Além das questões já postas nas seções anteriores sobre a responsabilidade internacional do Estado sobre violação de Direitos Humanos e sobre o funcionamento e importância do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, é importante também considerar as seguintes questões que são veementes no caso: a punição aplicada às violações de direitos humanos é importante e por qual motivo? Os organismos internacionais têm o dever e a legitimidade para punir, ou isso só caberia aos Estados? Lembre-se que, um dos pontos fundamentais da denúncia feita contra o Brasil no caso em tela, é de que o país não ofereceu a possibilidade das vítimas à verdade e à justiça, pois a lei da Anistia obstaculizava a perseguição criminal daqueles que perpetraram graves violações de direitos humanos contra as vítimas.

Para que você finalize seu Parecer, o conteúdo a seguir é crucial!

Então, vamos aos estudos?

Não pode faltar

Aluno, é importante compreender que o Direito Internacional dos Direitos Humanos é composto por um conjunto de normas e instituições políticas e jurídicas destinadas a proteger a pessoa humana e orientadas pelo princípio da universalidade.

Veja, o Direito Internacional dos Direitos Humanos *lato sensu*, podemos assim chamar, é composto por três vertentes especiais, porém complementares. A primeira delas é o Direito Internacional dos Direitos Humanos *stricto sensu*, a qual estudamos na Seção 2.1; ela é composta pelas normas provenientes dos Nove Grandes Tratados Internacionais Onusianos e seus respectivos Comitês de monitoramento, com suas Relatorias Especiais. Podemos também incluir nesse conjunto o Trabalho do Conselho de Direitos Humanos, que monitora as violações cometidas pelos seus 47 Estados-membros e o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, que também tem a função de monitorar eventuais violações.

A segunda vertente é composta pelo Direito Internacional dos Refugiados, composto principalmente pela Convenção de Genebra de 1951 e seu Protocolo Adicional de 1967, normas criadas como resposta ao deslocamento em massa de milhares de pessoas durante a Segunda Guerra Mundial, posteriormente estendendo-se a todos aqueles perseguidos em razão de raça, religião, nacionalidade, grupo social e que não possa ou não queira, por esse motivo, retornar ao seu lugar de origem. A ONU criou, em 1950, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) que até hoje é responsável por assistir essas pessoas. Importante dizer que, apesar de sua importância e do número crescente de refugiados no mundo, a Convenção é um dos poucos tratados onusianos que não possui um mecanismo específico de supervisão e controle.

Por fim, temos o Direito Humanitário, como a terceira vertente que compõe o Direito Internacional de Direitos Humanos *lato sensu*. O Direito Internacional Humanitário constitui um conjunto de Tratados Internacionais que procuram disciplinar a conduta dos beligerantes e o respeito às vítimas de guerra. Ele está composto de três corpos normativos chamados de Direito de Haia, 1899; Direito de Genebra, de 1949; e Direito de Nova York, de 1968. Lembrando que você também verá o Direito Humanitário na Disciplina de Direito

Internacional, vamos compreendê-la dentro do contexto do Direito Internacional dos Direitos Humanos?

O chamado **Direito de Haia** corresponde ao direito da guerra propriamente dito, ou seja, pelos princípios que regem a conduta das operações militares, direitos e deveres dos militares participantes na conduta das operações militares e limita os meios de ferir o inimigo. Estas regras respeitam as regras militares das partes em conflito e os princípios de humanidade. O Direito de Haia encontra a maior parte das suas regras nas Convenções de Haia de 1899 (revistas em 1907), mas igualmente em algumas regras do Protocolo I Adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949.



Exemplificando

O **Direito de Genebra** é composto pelas Convenções ocorridas em 1949:

- a I Convenção de Genebra, que protege os feridos e os doentes das forças armadas em Campanha;
- a II Convenção de Genebra, que protege feridos no mar;
- a III Convenção de Genebra, que protege os prisioneiros de guerra.

Essas normas são fundamentais para proteger as pessoas em conflito. Além de proibir determinadas práticas gravosas desnecessárias à resolução do conflito ou à legítima defesa, estabelece a possibilidade de assistência humanitária e o corredor humanitário que é a passagem segura de pessoal autorizado para levar medicamentos e suprimentos necessários à proteção das vítimas.



Assimile

A assistência humanitária é realizada pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha, órgão reconhecidamente detentor de legitimidade para exercer a função. Fundada pelo suíço Henri Dunant, em 1863, após ter presenciado os horrores da Batalha de Solferino. Tal possibilidade foi reconhecida pela Convenção de Genebra, em seu art. 10, que instituiu:

As Altas Partes contratantes poderão, em qualquer altura, entender-se para confiar a um organismo que apresente todas as garantias de imparcialidade e de eficácia as funções atribuídas pela presente Convenção às Potências protetoras [...]. Se, desta maneira, não puder ser assegurada a devida proteção, a Potência detentora deverá pedir a um organismo humanitário, tal como a **Comissão Internacional da Cruz Vermelha**, que assuma as suas funções humanitárias atribuídas pela presente Convenção às Potências protetoras ou deverá aceitar, sob reserva das disposições do presente artigo, as ofertas de serviços que emanem de tal organismo.

Em virtude dessa deferência especial, a Cruz Vermelha é a única organização não governamental com personalidade jurídica internacional. É importante ressaltar, todavia, que a ela somente poderá atuar com anuência das partes envolvidas e deverá manter a neutralidade no conflito.

Já que estamos falando de conflitos e seus reflexos sobre a população, saiba que é durante as guerras e disputas de poder que observamos as mais graves e generalizadas violações de direitos humanos. Após presenciar tantas atrocidades cometidas em nome da disputa pelo poder, a comunidade internacional não podia mais assistir passiva a graves violações sem produzir mecanismos capazes de processar e punir aqueles que as perpetrassem. Contudo, esses violadores estavam, frequentemente, amparados pela soberania dos seus Estados e eram imunes às jurisdições nacionais. Era fundamental encontrar meios de superar a impunidade que era baseada na função oficial. Assim, o Direito Penal Internacional passou a ser uma construção necessária para coibir graves violações de direitos humanos. Seu ápice expressa-se na criação do Tribunal Penal Internacional. Vamos, então, estudá-lo e conhecer a importância desta Corte?

Tribunal Penal Internacional

O Tribunal Penal Internacional constitui-se em um marco do Direito Internacional, pois com sua criação institui-se pela primeira vez uma Corte Penal Internacional capaz de julgar indivíduos que tenham cometido violações de direitos humanos. O Tribunal tem como tratado

constitutivo o Estatuto de Roma, elaborado em 1998. O Brasil ratificou o Estatuto em 2002, passando a integrar a jurisdição do Tribunal.

Antes da criação do Tribunal Penal Internacional, que entrou em vigor no ano de 2002, a punição de indivíduos que cometessem essas graves violações de direitos humanos só era possível com a criação de Tribunais *ad hoc*, autorizados pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas. Foram quatro os Tribunais provisórios criados até hoje: o Tribunal de Nuremberg (1945), criado para julgar os oficiais nazistas pelos crimes cometidos durante a Segunda Guerra Mundial; o Tribunal de Tóquio (1946-1948), criado para julgar os oficiais japoneses pelos crimes cometidos no mesmo conflito. Tais tribunais foram fortemente criticados por vários juristas porque feriram vários princípios do direito, como legalidade, juiz natural, devido processo legal e ampla defesa. Foram tribunais de exceção criados pelos vencedores para julgar os perdedores da Segunda Guerra.

Contudo, a partir da experiência desses tribunais, pela primeira vez se institui a responsabilidade internacional penal individual que significa que indivíduos também passam a ter o dever de respeitar os direitos humanos e caso sejam perpetradores de eventuais violações, seja diretamente ou por terem comandado/autorizado essas violações, podem responder internacionalmente por isso. A ideia dessa perspectiva está contida na formação do Direito Internacional Penal, que representa a faceta punitiva da proteção dos direitos humanos e tem importante papel no sentido de coibir a reincidência de tais crimes.



Pesquise mais

Recomenda-se, caro aluno, para conhecer melhor as situações descritas, dois filmes que retratam os eventos que motivaram a criação dos Tribunais Penais Internacionais.

O primeiro deles é o filme *Nuremberg*, que retrata os julgamentos ocorridos na cidade de mesmo nome, no qual oficiais nazistas foram condenados pelos crimes cometidos durante a Segunda Guerra.

O outro é *Hotel Ruanda* que mostra o genocídio ocorrido naquele país e a paralisia da comunidade internacional diante das atrocidades cometidas. Posteriormente, a ONU cria um Tribunal *ad hoc* para julgar os crimes cometidos durante a Guerra naquele país.

É importante ressaltar que os Tribunais penais retiram a prerrogativa de função de oficiais, líderes ou mandatários que porventura tenham cometido os crimes tipificados pelo mesmo. Essa possibilidade é uma exceção à chamada “imunidade por prerrogativa de função” garantida a pessoas no exercício de função pública que representasse a soberania do Estado. Entende-se que a gravidade dos crimes tipificados pelos tribunais penais internacionais justificaria que essa imunidade, até então absoluta, fosse suprimida.

Esses crimes estão previstos no art. 5º do Estatuto de Roma: crimes de genocídio, contra a humanidade, de guerra e de agressão. É importante ressaltar que, segundo a legislação do Tribunal, tais crimes são imprescritíveis, porém, obedecendo ao princípio da irretroatividade da lei penal, o Tribunal só pode julgar crimes cometidos a partir de sua entrada em vigor.

É importante mencionar que o Conselho de Segurança das Nações Unidas possui, segundo a inteligência do Capítulo 7º da Carta da ONU, a possibilidade de autorizar a criação de **Tribunais penais Internacionais** *ad hoc*, ou seja, destinados especificamente para julgar crimes cometidos durante determinados conflitos. Foi o que aconteceu com os tribunais para a antiga Iugoslávia (1993) e para Ruanda (1994).



Assimile

Veja, há outra categoria de tribunais penais internacionais que também podem ser criados pelo Conselho de Segurança, que são os chamados **Tribunais Híbridos ou Mistos**, ou também Tribunais Internacionalizados. A diferença é que esses tribunais mesclam estruturas nacionais e internacionais, ou seja, contam com uma parceria entre as instituições nacionais e a ONU para auxiliarem na reconstrução da justiça nacional pós-conflito. Tais Tribunais são considerados mais adequados, por terem mais legitimidade e serem mais próximos da população local, além de auxiliarem a restabelecer a sistema legal local. Exemplos desses Tribunais são: o Tribunal Especial do Líbano (2005); as Câmaras Extraordinárias do Camboja (2003), o Tribunal Híbrido para o Timor Leste (2000) e o Tribunal Híbrido de Serra Leoa (2000), talvez o mais notório deles.

Contudo, os tribunais híbridos e tribunais *ad hoc* estão submetidos à vontade política do Conselho de Segurança da ONU, o que muitas vezes inviabiliza a punição de crimes cometidos por aliados dos seus Estados-membros. Somente o Tribunal Penal Internacional é um Tribunal Permanente, que independe do Conselho. Vamos compreender um pouco da sua mecânica processual?

O Tribunal tem sede em Haia, é composto por dezoito juízes e o representante da promotoria. Sua jurisdição estende-se pelo território dos seus Estados-membros e, como qualquer corte internacional, possui competência complementar. Os juízes estão divididos em três seções: *Seção de Questões Preliminares*, incumbida de examinar a admissibilidade dos processos, *Seção de Primeira Instância*, que proferirá os julgamentos e *Seção de Apelações*, responsável pela apreciação dos recursos. *A Promotoria: órgão independente do Tribunal.*

- Jurisdição: Estados partes e os respectivos nacionais, assim como todos aqueles que se encontrem em seu território ou em navios e aviões que estejam sob sua bandeira. Também se incluem entre os jurisdicionados da Corte, os Estados que a submeterem a algum caso específico, ainda que não tenham aderido ao Tratado.

- Denúncia: inicia por uma representação à Promotoria, subscrita por algum Estado parte, ou pelo Conselho de Segurança da ONU, ao abrigo do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, ou ainda por uma investigação aberta pelo próprio *Parquet*.

- Processo: inicia pela admissão da Seção de Questões Preliminares, que pode requerer a prisão preventiva do acusado.



Refleta

Veja, caro aluno, a punição daqueles que perpetraram ou autorizaram violações tão graves de direitos humanos é tida por alguns teóricos como parte essencial da justiça de transição, ou seja, da reconstrução de um país após as atrocidades que, em geral, se observa em situações de conflitos generalizados. Para os que defendem os Tribunais Penais Internacionais, sua importância é essencial para coibir a prática de novas violações. Já para outros teóricos, tais julgamentos apenas teriam um contexto de vingança e não de restauração e que outras ações como conciliação e anistia seriam mais profícuas para um período de transição

para uma nova ordem na qual seria possível reconstruir o Estado Democrático de Direito.

E você, como se posiciona? Observando a experiência diversa em países como Argentina, África do Sul, Iugoslávia, Ruanda e mesmo no Brasil, vemos que cada um buscou caminhos diferentes para a superação de crimes cometidos durante períodos de exceção. Qual sua opinião a respeito? Esses tribunais são necessários ou efetivos em seu propósito de coibir novas violações? Anistiar tais crimes é a melhor saída para curar feridas e restaurar a ordem?

Agora que estudamos a proteção internacional dos direitos humanos em suas diversas esferas, você está apto a finalizar a construção do Parecer solicitado sobre a Responsabilidade do Estado Brasileiro no Caso Gomes Lund e outros versus Brasil!

Sem medo de errar

Caro aluno, retomamos nosso propósito que é finalizar a construção de um Parecer sobre o Caso Gomes Lund e outros versus Brasil, por você, na posição de Defensor Interamericano. Nesse Parecer, você deverá analisar a responsabilidade do Estado Brasileiro por eventuais violações de Direitos Humanos cometidas nesse caso.

Lembre-se que, nas seções anteriores, você já teve de verificar como se dá a responsabilidade internacional do Estado e sua importância para a proteção dos direitos humanos. Também, teve de observar o funcionamento e importância do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, ambiente jurídico internacional no qual o caso se insere. Por fim, você refletiu sobre a importância da punição aplicada às violações de direitos humanos e se organismos internacionais têm o dever e a legitimidade para punir.

Veja, os Direitos Humanos possuem mecanismos de supervisão e controle necessários para sua efetividade, tanto na apuração da responsabilidade dos Estados quanto dos indivíduos em razão de eventuais violações. Essa possibilidade, criticada por alguns teóricos, é defendida por aqueles que defendem que as sanções são fundamentais para coibir novas violações. No caso Gomes

Lund e outros versus Brasil, temos uma recomendação da Corte Interamericana no sentido de que o Brasil deveria processar e punir aqueles que violaram direitos humanos, mesmo que no exercício da função pública, pois, caso contrário, estaria negando às vítimas o direito à verdade e à justiça.

Os organismos internacionais, no caso as Cortes de Direitos Humanos e mesmo o Tribunal Penal Internacional que, para muitos autores, é considerado um Tribunal de Direitos Humanos, têm a legitimidade para punir tais crimes, não apenas pela natureza universal de tais direitos, mas também pela legitimidade consentida a eles quando os Estados aceitaram voluntariamente submeter-se à sua jurisdição.

Vamos relemburar a estrutura de construção do nosso parecer?

Título: Parecer Jurídico Caso Gomes Lund vs. Brasil

a) Endereçamento: neste ponto, você deve nomear a quem será encaminhado o seu Parecer (pode ser uma autoridade, pessoa física ou jurídica).

b) Ementa: espécie de resumo, que identifica as principais palavras-chaves e conteúdo do Parecer.

c) Relatório: neste ponto, você irá descrever o caso, relatando os fatos e circunstâncias. É importante mencionar todas as questões que julgar importantes para a resolução.

d) Fundamentação: neste momento, você irá apontar as teses normativas e teóricas que embasam sua avaliação do caso. Busque apontar as normas e argumentos que sustentarão sua conclusão final.

e) Conclusão: síntese dos pontos mais importantes que você analisou do caso, respondendo às principais questões que lhe foram solicitadas no parecer.

Finalize com a expressão “É o Parecer” e identifique-se.

Assim, finalizamos esta unidade, na qual estudamos a importância dos Instrumentos Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos e como eles foram sendo construídos ao longo do tempo. Esses mecanismos enfrentam críticas, mas são essenciais para proteger direitos os quais têm no Estado, ou em seus agentes, seus principais violadores.

O Brasil e o Tribunal Penal Internacional

Você trabalha para o Ministério das Relações Exteriores do Brasil e foi informado de que o Supremo Tribunal Federal recebeu a Petição nº 4.625-1, cujo requerente é o Tribunal Penal Internacional. A petição solicita que o atual Presidente do Sudão, Omar Al-Bashir, seja entregue à jurisdição do TPI na Haia. Diante dessa solicitação, o Ministro Relator do Supremo Tribunal Federal precisa emitir uma decisão e decidiu ouvir o Ministério das Relações Exteriores sobre o caso. Você foi o encarregado de informar se o Brasil tem ou não o dever de entregar o Presidente ao Tribunal. Como você se posicionaria? Caso o Presidente estivesse em território brasileiro seria dever do Brasil entregá-lo? Como você justificaria esse posicionamento?

O Brasil aceitou a jurisdição internacional do Tribunal Penal Internacional em 2002 e, portanto, o Brasil é parte dela. Assim, qualquer pessoa condenada ou que estiver sendo julgada pelo Tribunal, e em relação a quem houver uma ordem de prisão emitida pelo Tribunal, caso esteja em território brasileiro, pode ser apreendido pelas nossas autoridades e encaminhado à Haia. Além da ratificação do Estatuto de Roma, o Brasil ainda acrescentou ao artigo 5º da Constituição Federal o § 4º que explicitamente reconhece a jurisdição do Tribunal. Além disso, no Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal também está posto que o Brasil propugnará por um Tribunal Internacional de Direitos Humanos. O TPI é assim considerado por muitos juristas.

Portanto, por todos esses preceitos legais, o Brasil deveria conceder a entrega ou *surrender* do Presidente Sudanês à jurisdição do Tribunal em Haia.

Faça valer a pena

1. O Direito Internacional dos Direitos Humanos é um conjunto de normas formado por três vertentes: o Direito Internacional dos Direitos Humanos *stricto sensu*, o Direito Internacional dos Refugiados e o Direito Internacional Humanitário.

Considerando as três vertentes do Direito Internacional dos Direitos Humanos *lato sensu*, assinale a alternativa correta:

- a) As três vertentes do Direito Internacional dos Direitos Humanos são ramos especiais e suas normas não se comunicam, pois tratam de assuntos e questões de origem diversas.
- b) Existe uma relação de complementaridade entre as normas das três vertentes do Direito Internacional dos Direitos Humanos.
- c) O Direito Internacional dos Refugiados surgiu após as atrocidades cometidas durante a Primeira Guerra Mundial, no âmbito da Liga das Nações.
- d) O Direito Internacional Humanitário protege apenas os civis e não os beligerantes.
- e) O Direito Internacional dos Direitos Humanos *stricto sensu* foi criado pelas Convenções de Genebra e protege pessoas em situação de conflito armado.

2. O Direito Internacional dos Direitos Humanos possui uma face punitiva, que se destina a sancionar aqueles que cometem graves violações. Essa face se expressa na criação dos tribunais penais internacionais.

No que se refere aos tribunais penais internacionais, assinale a alternativa correta:

- a) Os tribunais *ad hoc* são criados pela Assembleia Geral da ONU.
- b) Os tribunais híbridos são criados a partir da autorização do Conselho de Segurança e contam com estruturas exclusivamente nacionais.
- c) O Tribunal Penal Internacional tem a competência para julgar indivíduos e não Estados que cometeram violações de direitos humanos.
- d) Os Tribunais de Nuremberg e Tokyo foram criados para julgar prisioneiros de guerra durante a Segunda Guerra Mundial.
- e) Os Tribunais de Nuremberg foram considerados um fracasso, pois não conseguiram julgar os carrascos nazistas pelos crimes que cometeram durante a Segunda Guerra.

3. O Tribunal Penal Internacional foi considerado um grande avanço para combater a impunidade daqueles que perpetravam violações de direitos humanos. Desde os Tribunais de Nuremberg e Tokyo que a comunidade internacional buscava um tribunal permanente e independente, o que se concretizou em 1998 com o Estatuto de Roma.

A respeito do Tribunal Penal Internacional, assinale a alternativa correta:

- a) O Tribunal é competente para julgar Estados que violam os direitos humanos de sua população.
- b) As normas do Tribunal Penal Internacional estão contidas nas Convenções de Genebra e se aplicam em situação de conflito.
- c) O Brasil não ratificou o Estatuto de Roma, pois ele contraria disposições de seu direito interno como a previsão de prisão perpétua aos condenados.
- d) O tribunal não pode julgar indivíduos que exercem função oficial em razão da imunidade por prerrogativa de função.
- e) A jurisdição do tribunal é complementar à jurisdição dos Estados.

Referências

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 87.585-8/TO**. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/525_87_b.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2017.

_____. Decreto nº 6.185 de 13 de agosto de 2007. Autoriza a Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República a dar cumprimento à sentença exarada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 14 ago. 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6185.htm>. Acesso em: 28 jun. 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

CONVENÇÃO DE GENEVRA. **I, II, III, IV sobre Direito Humanitário**. Genebra, 1949. Disponível em: <<http://www.abong.org.br/final/download/DH.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2017.

COUNCIL OF EUROPE. **Convenção Europeia de Direitos Humanos**, Roma: Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, 1950. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2017.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2017.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos Direitos Humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

ORGANIZAÇÃO DA UNIÃO AFRICANA (UNIÃO AFRICANA). **Convenção Africana dos Direitos Humanos e dos Povos**. Banjul, 1986.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOUZA, Mércia Cardoso de; QUINTÃO, Mário Lúcio. **A interface dos Direitos Humanos como o Direito Internacional**. Belo Horizonte: Arraes, 2015.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. **Estatuto de Roma**. Roma, 1998.

Os Direitos Humanos e a Ordem Jurídica Brasileira

Convite ao estudo

Caro aluno, vamos adentrar em nossa Unidade 3. Nela vamos compreender como os Direitos Humanos se apresentam na ordem jurídica brasileira, analisando de que maneira os Tratados Internacionais de Direitos Humanos são incorporados ao nosso ordenamento jurídico brasileiro e quais são as instituições e órgãos nacionais que fazem parte dos Poderes da República e que se dedicam à proteção dos direitos humanos.

Na presente Seção 3.1, analisaremos os tratados de direitos humanos; como a Constituição de 1988 se relaciona com a internacionalização dos direitos humanos; a fase de elaboração de um tratado e sua hierarquia normativa. Na Seção 3.2, trabalharemos o processo legislativo; a relação entre hierarquia e a Emenda Constitucional (EC) nº 45/2004; e a teoria do duplo estatuto. Por fim, falaremos sobre órgãos governamentais de proteção e promoção aos direitos humanos, bem como sua inter-relação com os Poderes Executivos, Judiciário e o Ministério Público.

Para compreendermos melhor como se dá esse processo e como os órgãos nacionais atuam nessa proteção, trabalharemos com um caso concreto, que suscitou discussão relevante sobre o direito das pessoas com deficiência.

Caro aluno, você deve lembrar, conforme estudamos na Unidade 2, que o Brasil ratificou quase todos os nove grandes Tratados Internacionais de Direitos Humanos Onusianos, com exceção da Convenção sobre o Direito dos Trabalhadores e Trabalhadoras Migrantes e suas Famílias. Essa Convenção faz parte de Tratados Internacionais aos quais correspondem

Comitês de Monitoramento que verificam o cumprimento efetivo das normas contidas nos Tratados pelos Estados partes. Apesar de todos os referidos Tratados ratificados pelo Brasil serem Tratados de Direitos Humanos, apenas a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Adicional foram incorporados ao nosso ordenamento jurídico com a equivalência de emenda constitucional, seguindo o rito previsto pelo § 3º do artigo 5º da Constituição Federal (CF) de 1988. Tal procedimento tem implicações quanto à hierarquia das normas em nosso ordenamento jurídico, vinculando a interpretação de normas infraconstitucionais às disposições contidas na Convenção.

Todavia, sabemos que a efetividade das normas de direitos humanos, eventualmente, encontra obstáculos, impondo desafios aos operadores do direito. Recentemente, foi questionado perante o Supremo Tribunal Federal o direito de as Escolas Particulares cobrarem uma taxa adicional na mensalidade referente às crianças com deficiência, alegando o custo adicional que elas teriam para prover as condições necessárias ao seu aprendizado. Tal situação entra em choque com um elemento importante da proteção dos direitos humanos das pessoas com deficiência que é a inclusão social, ou seja, a criação de condições necessárias para que essas pessoas possam ter uma vida plena, produtiva e autônoma, encontrando seu lugar na sociedade.

Você é advogado membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB e se manifestará como *amicus curiae* no caso perante o Supremo Tribunal Federal, devendo construir sua defesa no sentido de apoiar a afirmação da Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência e sua efetividade, no que concerne à educação inclusiva. Como você defenderia os direitos das pessoas com deficiência considerando as normas referentes ao tema contidas em nosso ordenamento? Diante dessa importante tarefa, você precisaria refletir sobre aspectos importantes. Primeiro, ao considerar que ela é uma Convenção Internacional que trata de Direitos Humanos, como

se deu seu processo de incorporação e qual seu efeito sobre normas e decisões judiciais sobre o tema? O Brasil possui uma norma específica sobre o tema – “o Estatuto das Pessoas com Deficiência”, ou Lei nº 13.146/2015 –; ao analisar essa Lei, você verifica se ela está em consonância com a Convenção? A situação proposta pelas Escolas Particulares violaria as disposições da Convenção e do Estatuto.

Diante dessa importante tarefa, vamos aos estudos?

Seção 3.1

A Hierarquia dos Tratados de Direitos Humanos no Brasil I

Diálogo aberto

O Brasil ratificou quase todos os nove grandes Tratados Internacionais de Direitos Humanos Onusianos, com exceção da Convenção sobre o Direito dos Trabalhadores e Trabalhadoras Migrantes e suas Famílias. Essa Convenção faz parte de Tratados Internacionais aos quais correspondem Comitês de Monitoramento que verificam o cumprimento efetivo das normas contidas nos Tratados pelos Estados partes. Apesar de todos os referidos Tratados ratificados pelo Brasil serem Tratados de Direitos Humanos, apenas a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Adicional foram incorporados ao nosso ordenamento jurídico com a equivalência de emenda constitucional, seguindo o rito previsto pelo § 3º do artigo 5º da CF/88. Tal procedimento tem implicações quanto à hierarquia das normas em nosso ordenamento jurídico, vinculando a interpretação de normas infraconstitucionais às disposições contidas na Convenção.

Todavia, sabemos que a efetividade das normas de direitos humanos, eventualmente encontram obstáculos, impondo desafios aos operadores do direito. Recentemente, foi questionado perante o Supremo Tribunal Federal o direito de as Escolas Particulares cobrarem uma taxa adicional na mensalidade referente às crianças com deficiência, alegando o custo adicional que elas teriam para prover as condições necessárias ao seu aprendizado. Tal situação entra em choque com um elemento importante da proteção dos direitos humanos das pessoas com deficiência, que é a inclusão social, ou seja, a criação de condições necessárias para que essas pessoas possam ter uma vida plena, produtiva e autônoma, encontrando seu lugar na sociedade.

Lembre-se que aqui você atuará como advogado da Comissão de Direitos Humanos da OAB, se manifestando como *amicus curie* em um caso que versa sobre a inclusão de pessoas com deficiência nas escolas particulares. Como você analisaria a incorporação dos

Tratados Internacionais em nosso ordenamento jurídico? Como a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU e seu Protocolo Adicional, ambos ratificados pelo Brasil, influenciam nessa sua análise? Tenha sempre em mente que você deverá produzir um relatório preliminar que será apresentado à Comissão de Direitos Humanos da OAB. Então, mãos à obra!

Não pode faltar

Vamos então compreender primeiro o que são tratados internacionais?

Tratados são documentos formais e por escrito, celebrados entre dois ou mais Estados ou entre Estados e Organizações Internacionais. Esses documentos constituem obrigações entre os Estados e seu descumprimento pode acarretar a responsabilidade internacional do Estado. Sendo assim, costumamos dizer que eles possuem caráter vinculativo, ou seja, o Tratado é um acordo formal, concluído entre sujeitos de direito internacional público e destinados a produzir efeitos jurídicos.

O surgimento de Organizações Internacionais como a Liga das Nações e a ONU, contribuíram para a proliferação dos Tratados Internacionais. Além disso, foi pela atuação da própria ONU, ou mais especificamente da Comissão de Direito Internacional, que é formulada a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, a qual concentra as principais regras que se aplicam aos acordos celebrados entre Estados.

Segundo o art. 2º da Convenção de Viena de 1969, “tratado significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica”.

Posteriormente, como uma necessidade imposta pela institucionalização do Sistema Internacional, surge a Convenção de Viena de 1986, que tem objetivo de disciplinar os tratados realizados entre Estados e Organizações Internacionais e entre outras Organizações. Isso só foi possível porque as Organizações tiveram sua personalidade jurídica reconhecida e, assim, como sujeitos de Direito Internacional, possuem a capacidade de celebrar Tratados (*Treaty making Power*). É importante diferenciar que a capacidade

de celebrar Tratados é a que se refere a quem pode ser parte em um Tratado, por outro lado, a competência para celebrar tratado é atribuída àquele que terá a prerrogativa de celebrar o ato, em nome do Estado ou da Organização que representa.



Vocabulário

Caro aluno, é importante que você atente para o seguinte: são sinônimos de Tratados, os termos "Pacto", "Convenção" e "Acordo". As Declarações não possuem força vinculativa e, apesar de sua importância política, não geram obrigações.

Além disso, não são considerados Tratados Internacionais:

a) **Compromisso:** o compromisso é a promessa que Estados, já em conflito, fazem a fim de solucionar as suas controvérsias perante à Corte Internacional de Justiça. É um acerto comum, no qual estes aceitam se submeter à jurisdição da Corte, quando não o tenham feito de outra forma anteriormente;

b) **Acordo de Sede:** é um acordo firmado entre uma Organização Internacional e um Estado, para que ele a sedie, ou alguns de seus órgãos. Tal acordo envolve cláusulas de privilégios e imunidades que os funcionários desses órgãos podem gozar no Estado-sede;

c) **Gentlemen's Agreement:** o chamado "acordo de cavalheiros" é celebrado entre os chefes de Estado de cada país. Não é um Tratado, pois não obriga o Estado, somente o chefe de Estado, enquanto este estiver no poder. É um compromisso político e não jurídico, que afirma a intenção dos mandatários quanto a questões de importância para ambos. As consequências do seu descumprimento são político-diplomáticas e não judiciais. O acordo de cavalheiros é considerado uma *Soft Law instrumental* e, portanto, não tem poder coercitivo.

Soft Law: são regras cujo valor normativo não é obrigatório, do ponto de vista jurídico, apesar de seu inegável valor para a orientação e interpretação do direito, seja porque os instrumentos que as abrigam não detêm o status de "norma jurídica", seja porque os seus dispositivos, ainda que insertos no quadro dos instrumentos vinculantes, não criam obrigações de direito positivo aos Estados, ou não criam senão obrigações pouco constringentes. São, portanto, normas facultativas, que não têm o caráter cogente conferido aos Tratados e outras normas de Direito Internacional

Público, como os acórdãos da Corte Internacional de Justiça. As *Soft Law*, também conhecidas pelo termo francês *droit doux*, não criam obrigações jurídicas entre as partes. As Declarações citadas acima, e as Resoluções da Assembleia Geral da ONU são exemplos.

Então, já que agora você já sabe o que é um Tratado Internacional, vamos estudar quais são as fases de sua incorporação ao ordenamento jurídico nacional.

Os Tratados Internacionais percorrem um longo caminho até que possam ser invocados pelo cidadão brasileiro, como norma interna. Esse caminho envolve atos externos e internos do país, bem como o poder executivo e o legislativo. Isso se deve à necessidade de acordos internacionais passarem por um processo que chamamos de “incorporação ou transformação”, a fim de que a norma proveniente da esfera internacional seja admitida na esfera jurídica interna e possa, finalmente, ser invocada pelo cidadão brasileiro.

Quanto às fases necessárias para a incorporação do tratado perante o ordenamento jurídico interno, este pode ser unifásico, em que o tratado entra em vigor com apenas um ato (geralmente a assinatura); e existem os tratados multifásicos, que exigem várias etapas para que isso aconteça.

1. Negociação e assinatura de Tratado

Todo Tratado tem sua gênese nas negociações políticas que o antecedem. Essas negociações, por vezes difíceis e exaustivas, são atribuições dos agentes políticos e diplomáticos dos Estados envolvidos. Se ao fim das negociações os países chegarem a um termo, este é devidamente redigido, na língua oficial dos Estados participantes e submetido então à assinatura por parte de seus representantes. O Itamaraty tem um papel importante na fase de negociação, especialmente a Consultoria Jurídica do Ministério das Relações Exteriores, que assessora o Presidente da República ao analisar a viabilidade e importância da assinatura de determinado Tratado, emitindo um parecer para tanto.

A assinatura é um ato internacional de competência privativa do Poder Executivo (art. 84, VIII da CF/88). No Brasil, os representantes naturais para celebrar tratados são o presidente da República

e o Ministro das Relações Exteriores (que são as autoridades plenipotenciárias plenas, que podem celebrar tratados com quaisquer Estados ou Organizações), os Chefes de Missões diplomáticas no exterior (que são plenipotenciários somente em relação ao Estado onde estão creditados) e o Ministro que recebe do presidente da República uma **carta de plenos poderes**, limitada ou não.

Quando o Tratado é assinado, seus termos já se tornaram definitivos e não podem mais ser modificados, a não ser mediante a abertura de uma nova rodada de negociações. O Tratado Autêntico é, então, entregue ao Depositário, que é o país encarregado de guardar o documento, bem como todos os subsequentes instrumentos de ratificação. Isso é necessário para que se possa ter um controle de quantos países já aderiram ao Tratado e quando este entrará em vigor.

Além disso, é da boa prática do Direito Internacional e da cooperação entre os países, que os Tratados celebrados sejam registrados perante a Organização das Nações Unidas. O registro dá publicidade ao Tratado e serve para evitar a diplomacia secreta, tão nociva à Sociedade Internacional.

No momento da assinatura, o Estado poderá formular reservas ao Tratado. A reserva é uma declaração unilateral que um Estado faz ao Depositário em relação a uma determinada cláusula do Tratado. Se o próprio Tratado não dispor em contrário, presume-se, de acordo com a Convenção de Viena, que o Estado poderá fazer reservas.

Porém, a simples assinatura não obriga o Estado a cumprir o Tratado, gerando apenas algumas consequências, como o desejo de comprometimento futuro com o Tratado, que é a obrigação fundamental da boa-fé, assim o Estado não frustra as expectativas dos demais Estados quanto ao cumprimento da promessa que fez. Além disso, implicitamente, o Estado também se compromete a submeter o Tratado à apreciação do Legislativo, que dará início à segunda fase do Tratado a ser abordada no ponto subsequente.

2. Aprovação

A aprovação é um ato interno de competência do poder Legislativo (art. 49, I, CF/88). Cabe ao Congresso Nacional referendar o Tratado, atestando a compatibilidade deste com as normas do ordenamento jurídico interno. Essa fase tem início quando o Tratado é submetido

à apreciação da Comissão de Constituição e Justiça e da Comissão de Relações Exteriores, que analisam o conteúdo dos tratados e verificam sua adequação ao direito nacional.

Após a apreciação das Comissões, procede-se a votação por ambas as Câmaras (Câmara dos Deputados e Senado Federal). Se reprovado, o Tratado encontra-se obstaculizado; porém, se aprovado, é emitido o Decreto Legislativo. Tal Decreto vincula o poder executivo, que só poderá sancionar ou vetar o documento tal qual o Legislativo o submeteu.

Quando da sua apreciação, o Legislativo jamais poderá modificar o Tratado, ele somente poderá fazer suas reservas, ou seja, não aprovar determinado artigo ou disposição dele. Faz mister ressaltar que não são todos os Tratados que admitem reservas. Essa prerrogativa é sempre viável aos Tratados bilaterais, já os Tratados multilaterais podem não permitir as reservas por disposições expressas em seus artigos. De qualquer forma, sendo feitas reservas pelo Legislativo, estas deverão ser observadas pelo Executivo. Ainda, o Legislativo pode aprovar o Tratado, porém declarando o desabono às reservas feitas pelo Executivo, durante a assinatura. O Executivo então terá de eliminar essas reservas na fase posterior.

3. Ratificação

A ratificação é a comunicação formal de que o Legislativo aprovou o Tratado, normalmente feita por meio de uma nota diplomática. Esse é um ato exclusivo do presidente da República. De posse do instrumento de ratificação, o Executivo comunica ao depositário sua obrigação ao Tratado. A ratificação é um ato internacional, que representa o momento a partir do qual o Tratado passa a representar uma obrigação efetiva para o Estado.

A partir desse momento, existem duas possibilidades: a) se o Tratado já estiver em vigor internacionalmente, o Estado deve cumprir as normas do Tratado; b) se o Tratado não estiver em vigor internacionalmente, corre para o Estado que o ratificou, o prazo de **irretratabilidade** (prazo de tempo entre a ratificação e a entrada em vigor), no qual ele só poderá voltar atrás formalmente, por uma denúncia formal do Estado. Isso tem relevância no caso de futuras adesões de outros países ao Tratado, aos quais em suas estratégias políticas e diplomáticas interessa saber quem são os países que já

fazem parte de tal Acordo.

Cada Tratado tem uma cláusula que determina quando o Tratado entrará em vigor, geralmente estabelecendo a necessidade de haver o depósito de um número mínimo de instrumentos de ratificação, dentro de um prazo determinado. Porém, na visão do STF, o Tratado somente entrará em vigor perante o ordenamento jurídico interno, com sua promulgação e publicação no Diário Oficial da União. Assim, de forma contraditória, pode ocorrer a entrada em vigor do Tratado no âmbito internacional antes de sua entrada em vigor no âmbito interno.

Em relação a terceiros, o art. 26 da Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados de 1986 diz que todo Tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé e o art. 34 diz que um Tratado não cria obrigações nem direitos para terceiros Estados sem o seu consentimento. Esses dispositivos asseguram o principal elemento dos tratados que é o consentimento voluntário dos Estados ao contrair essa obrigação internacional.

Uma exceção a este princípio ocorre quanto aos Acordos Comerciais e aplicação da **Cláusula incondicional da Nação mais favorecida**, que prevê que, se houver um acordo anterior celebrado entre dois países, ao celebrar um novo acordo com um terceiro Estado, devem-se estender ao primeiro as vantagens tarifárias concedidas a outra parte pelo tratado prévio. Essa prerrogativa é expressa no art. 1º do General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) – Acordo Geral de Tarifas e Comércio, em português – de 1947, o qual afirma que todas as vantagens, favores, privilégios ou imunidades concedidos por uma parte contratante a um produto originário ou destinado de outro país serão imediatamente e sem condições estendidos a todo produto similar e originário ou destinado ao território de todas as outras partes contratantes.

Alguns Tratados preveem a possibilidade de adesão posterior de outros Estados, normalmente por disposição expressa em seus artigos. O Estado manifesta a vontade de fazer parte do Tratado no período posterior a sua celebração. Em geral, a “entrada” do Estado como parte do Tratado deverá ser aprovada pelos membros originários. Esses Tratados são chamados de Acordos Abertos.

A ratificação sempre terá efeitos *ex nunc* (irretroativos) e também será irretratável, ou seja, uma vez concedida o Estado não poderá

voltar atrás, a não ser denunciando o Tratado. É importante ressaltar também que a Convenção de Viena dispõe em seu art. 27 que uma parte não pode invocar disposição de seu direito interno para justificar o descumprimento de um Tratado. Essa prerrogativa é destinada a assegurar a segurança jurídica e o espírito de cooperação entre os Estados signatários. Isso, porém, não afasta a possibilidade de os Tratados serem complementados pelas Emendas aos Tratados, previstas no art. 39 da Convenção de Viena de 1969.

4. Promulgação

Porém, somente a ratificação não basta para que o Tratado produza efeitos no direito interno. A ratificação é um ato de caráter internacional, portanto, para que ele tenha validade no ordenamento jurídico nacional, ele precisa ser promulgado e publicado. A Promulgação é um ato que atesta as condições de validade do Tratado, podendo emanar do Executivo ou pela mesa do Legislativo.

Uma vez tendo ratificado o tratado, o presidente da República o Promulga através de Decreto Presidencial. Então, o documento é publicado no Diário Oficial da União, a fim de dar conhecimento público da existência da lei, condição indispensável a sua eficácia, e marcar o início de sua vigência.

Porém, se o Presidente não ratificar o Tratado por discordar com as reservas feitas pelo legislativo, ele não poderá fazer novas reservas ou desabonar as reservas feitas pelo Congresso. Cabe ao Executivo apenas oferecer o Veto, respeitando os requisitos que o motivam: inconstitucionalidade, ilegalidade ou por considerá-lo contrário ao interesse público, devendo enviar mensagem ao presidente do Senado. O Tratado volta ao Congresso Nacional, que terá 30 dias para se manifestar sobre o voto do presidente (art. 66 da CF/88). Se, a maioria absoluta das duas Câmaras rejeitar o veto, a matéria volta ao Presidente da República que terá quarenta e oito horas para promulgá-la, sob pena do Presidente do Congresso fazê-lo.



Assimile

É importante saber que há dois princípios importantes no Direito Internacional Público, no que tange aos Tratados: o ***Pacta sunt servanda***,

o qual estatui que os Tratados devem ser cumpridos, como determina a boa-fé quanto às obrigações internacionais assumidas; e o ***Rebus sic standibus***, que determina que se as circunstâncias se mantiverem as mesmas, o Tratado mantém-se como obrigação entre as partes, caso contrário, pode o Tratado ser modificado ou extinto se as circunstâncias se modificarem. Tais princípios reafirmam a responsabilidade internacional do Estado no cumprimento dos Tratados.

Denúncia do Tratado e Extinção do Tratado

O tratado pode se extinguir pela vontade comum das partes, ou pelo decurso do tempo, quando o próprio instrumento previr um período de vigência específico. Além dessas formas, há também a Denúncia, que é uma declaração em que o Estado revela que não quer mais participar do Tratado. Essa declaração formal é necessária, pois a ratificação cria a expectativa pelo cumprimento nos demais Estados signatários. Trata-se de uma rescisão unilateral do Tratado, feita por meio de um Decreto.

Já a extinção dos Tratados pode ocorrer pelas seguintes causas:

- a previsão expressa em seu próprio texto;
- o consentimento das partes;
- a redução do número de partes em um tratado multilateral, aquém do quórum exigido para sua entrada em vigor;
- a conclusão de um tratado posterior;
- a violação de cláusulas substantivas;
- a impossibilidade superveniente de cumpri-lo, por causa do surgimento de uma mudança fundamental de circunstâncias, independente da vontade das partes;
- a ruptura de relações diplomáticas ou consulares, a tornar impossível o cumprimento de parte ou da totalidade do tratado;
- o surgimento de uma regra costumeira posterior à conclusão do tratado (*Lex posteriori derogat priori*);
- a superveniência de uma norma imperativa de direito internacional geral (*jus cogens*).



Exemplificando

Caro aluno, a denúncia é a intenção manifesta do Estado em não cumprir mais determinado tratado. Deve ocorrer de maneira formal, pois pode acarretar violação. Cessa os efeitos do Tratado para a parte denunciante.

Em relação ao procedimento da Denúncia, a teoria prevalecente é de que basta um ato unilateral do Poder Executivo ou uma lei do Poder Legislativo ordenando o Executivo a denunciar o Tratado, ou seja, ele pode ser denunciado pelo presidente da República sem aprovação prévia do Congresso Nacional, entendendo que ao aprovar o Tratado, o Congresso também aprova implicitamente a possibilidade de denúncia. Porém, essa questão é controversa, pois há os que advogam que o tratado só pode ser denunciado com a aprovação do Congresso Nacional.

Contudo, essa matéria ainda está em aberto no Supremo Tribunal Federal.



Refleta

Veja, caro aluno, os Tratados de Direitos Humanos não podem ser denunciados, pois isso se enquadra no princípio da proibição do retrocesso; porque contrariaria as previsões constitucionais e, também, os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. Qual seria o fundamento desse princípio? Não existiria algo além do aspecto jurídico-formal, ou seja, que a denúncia de um Tratado de Direitos Humanos levaria a uma clara violação da Constituição? É da natureza dos direitos humanos sua característica declaratória, ou seja, eles não são constituídos pelo Estado, apenas declarados. Então, não seria impróprio que o Estado deliberadamente os retirasse?

E quando houver conflito entre os Tratados? Quanto a esse tema, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, em seu art. 30 § 1º consagra a superioridade da Carta das Nações Unidas sobre qualquer outro Acordo. Em relação à hierarquia dos Tratados, convém ressaltar, ainda, o art. 103 da Carta das Nações Unidas que estabelece sua supremacia sobre os demais tratados e o estabelece seus efeitos inclusive sobre países não membros da Organização (sem invalidar os Tratados que com ela colidam, apenas deixando-os sem efeito). Tal disposição foi afirmada pelo Parecer Consultivo elaborado pela Corte Internacional de Justiça (I. C. J. Reports, 1949).

Mas, em relação aos demais tratados, o art. 30 § 3º estabelece o critério cronológico para dirimir qualquer colisão entre Tratados cujo conteúdo gere antinomias. Situação outra que merece referência é a que versa sobre os Tratados Comerciais que, porventura, entrem em conflito com acordos de cunho ambiental, prevaleceriam estes últimos em relação aos primeiros. Aplicando-se o critério da especialidade, os Tratados Ambientais prevaleceriam sobre as normas provenientes do sistema multilateral de comércio.



Pesquise mais

Você sabia que, recentemente, o Ministério das Relações Exteriores lançou uma plataforma digital para consulta dos Atos Internacionais assinados pelo Brasil? Por meio dessa Plataforma, chamada "Concordia", você pode procurar por diferentes Tratados Internacionais que o Brasil assinou ou ratificou. Você pode acessá-la por meio do link: <<https://concordia.itamaraty.gov.br/>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

Lembrando que os termos Atos Internacionais é um termo genérico que abarca os Tratados, Pactos, Declarações etc. assinadas pelo Brasil.

Você pode procurar pelas partes envolvidas, pelo assunto e, também, verificar qual o status atual do documento.

Para que um Tratado passe a integrar o ordenamento jurídico brasileiro, ele deve ser submetido ao processo de incorporação descrito anteriormente. Porém, uma vez ratificados e promulgados, os Tratados são incorporados ao direito pátrio em posições diferentes da hierarquia legal. Como regra geral, os Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil têm status de lei ordinária. Porém, existem exceções importantes.

A Emenda Constitucional 45/2004, também conhecida como "Reforma do Judiciário", veio acrescentar o parágrafo 3º ao art. 5º: "Os Tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos que forem aprovados em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais." (BRASIL, 1988). Esse complemento ao texto constitucional consagra a importância que os Tratados de Direitos Humanos têm para o Estado Brasileiro. Inclusive, para juristas como Flávia Piovesan, os Tratados de Direitos Humanos sempre puderam ser considerados materialmente constitucionais,

portanto o parágrafo 3º apenas veio formalizar essa prerrogativa.

Na verdade, o efeito principal dessa emenda foi impossibilitar que esses Tratados de importância incontestada possam ser descartados por meio de um simples ato administrativo conferido pelo presidente da república, como a Denúncia. Para doutrinadores como Antônio Augusto Cançado Trindade, os Tratados de Direitos Humanos possuem status de norma constitucional, devendo ser considerados assim, mesmo aqueles assinados antes da reforma constitucional. O parágrafo 2º do art. 5º abre precedente para inclusão de Tratados que estejam materialmente de acordo com as disposições constitucionais, quando dispõe que “os direitos e garantias dispostos 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” (BRASIL, 1988, [s.p.]).

A questão se impõe em relação aos Tratados ratificados antes da EC 45/2004. A Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que prevê no seu art. 7º § 7º que não haverá prisão civil, excetuando aquela por dívida de alimentos. Alguns entenderam então que o Pacto de San José da Costa Rica teria revogado o art. 5º, LXVII da CF/88. Porém, esse não foi o entendimento do STF, pois não se pode admitir que um Tratado incorporado com quórum de Lei Ordinária, venha modificar uma norma constitucional (Recurso Extraordinário 466.343/SP, voto do Min. Gilmar Mendes). Essa questão foi resolvida pela EC 45/2004, e o acréscimo do parágrafo 3º especificando que somente os Tratados de Direitos Humanos aprovados com quórum de 3/5 das duas Câmaras são incorporados como Emenda Constitucional.

O Pacto de San José da Costa Rica, que foi ratificado antes da reforma, não foi incorporado como emenda constitucional, mas lhe foi atribuído status supralegal, pelo STF (Habeas Corpus 87.585/TO, voto do Min. Celso de Mello) retirando toda a eficácia de decisões que contrariem as disposições do Tratado. Esse status de supralegalidade conferido ao Pacto é devido a sua importância e materialidade, por ser coerente com os princípios constitucionais caros ao nosso direito e que estão previstos no art. 4º da CF, especialmente o da proteção aos Direitos Humanos.

Como regra geral, os Tratados são incorporados como Lei Ordinária e, portanto, sendo uma vez incorporados como Lei ordinária, podem ser revogados por lei ordinária posterior, proveniente

da transformação de um tratado ou não (Recurso Extraordinário 8.004/STF de 1977, de Sergipe). Essa posição é contestada por alguns internacionalistas, pois, um Tratado, sendo fruto de vontade de duas ou mais partes, como pode ser revogado pelo legislador brasileiro de forma unilateral? De qualquer forma, quanto aos Tratados de Direitos Humanos especificamente, os doutrinadores entendem que tenham eles status supralegal ou status equivalente à emenda constitucional, não podem ser denunciados ou revogados por lei posterior, por causa do “princípio da proibição do retrocesso”, que marca a consagração de tais direitos. Esse princípio veda que direitos humanos, uma vez garantidos, sejam retirados dos cidadãos. Essa característica dos Tratados de Direitos Humanos é também chamada de “efeito cliquet”.

Agora que você compreendeu os principais conceitos e procedimentos envolvendo os Tratados, vamos aplicá-los?

Sem medo de errar

Retomando nossa tarefa, lembre-se de que você deve construir um Relatório sobre a incorporação dos Tratados Internacionais para apresentar à Comissão de Direitos Humanos da OAB, da qual você faz parte.

Para tanto você deverá mencionar que a incorporação dos Tratados Internacionais no Brasil possui quatro fases: a) a negociação e assinatura, mencionando quem pode fazê-la e sobre a possibilidade ou não de reservas; b) deverá mencionar que a assinatura não é suficiente para que ele seja válido internamente, ou seja, que para isso ele deverá ser aprovado pelo Congresso nacional, respeitando o quórum necessário; c) posteriormente, após a sanção presidencial, ele deve ser promulgado e publicado, passando a ter vigência interna; d) por fim, segue outra fase internacional que é a ratificação, a ciência às demais partes do Tratado de que este foi devidamente incorporado ao ordenamento interno, dando início à obrigação internacional do Estado, caso ele já esteja em vigor internacionalmente.

Você deve, também, mencionar as causas de extinção do Tratado e a possibilidade de denúncia, ambas situações fazendo cessar a responsabilidade internacional do Estado.

Deve fazer, também, uma importante ressalva quanto aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, não apenas quanto a seu status normativo especial, seja de supralegalidade ou de equivalência às emendas constitucionais, mas, também, quanto à impossibilidade de serem denunciados ou revogados, por causa da proibição do retrocesso, ou efeito cliquet.

A partir das considerações acima, procure seguir a seguinte estrutura para elaborar seu relatório.

1. Introdução: aponte a descrição do fato e os dados nele contidos.
2. Objetivos: aponte qual a meta central do Relatório, ou seja, o que ele visa atingir.
3. Análise: descreva e aponte os principais elementos envolvidos no caso, aponte a legislação aplicável e a interpretação dela segundo o caso.
4. Conclusão: aponte o resultado de sua análise e possíveis prognósticos.

Então, vamos aplicar os conceitos que estudamos?

Avançando na prática

Tratado de Direitos Humanos e ordenamento brasileiro

Descrição da situação-problema

Caro aluno, vamos imaginar que você é Assessor Legislativo e necessita orientar os Deputados da Comissão de Relações Exteriores sobre a incorporação de um Tratado de Direitos Humanos. Vamos supor que o Brasil tenha finalmente assinado a Convenção da ONU sobre o Direito dos Trabalhadores Migrantes e suas Famílias. Você deverá, de acordo com sua função, produzir um relatório para os Deputados, informando sobre a natureza do Tratado e sua forma de incorporação, bem como o status legal que ele deverá assumir, uma vez que passe a fazer parte do ordenamento jurídico brasileiro.

Resolução da situação-problema

Seu Relatório deverá informar que o Tratado deverá ser

incorporado segundo o quórum qualificado, pois trata-se de matéria que versa sobre direitos humanos. Além disso, o Tratado é plenamente compatível com as disposições constitucionais sobre as garantias de direitos e o princípio da igualdade entre brasileiros e estrangeiros. A aprovação pelo quórum qualificado irá conferir ao Tratado status de emenda constitucional, não podendo ser revogado por Lei Posterior. Além disso, nenhuma disposição infraconstitucional poderá contrariar disposição do Tratado. Por fim, o Tratado não pode ser passível de denúncia ou revogação em virtude do princípio da proibição do retrocesso.

Faça valer a pena

1. Segundo o Professor Hildebrando Accioly, os tratados são uma "Expressão do acordo de vontades, estipulando direitos e obrigações, sente sujeitos de Direito Internacional." (ACCIOLY, 2012, p. 158).

No que se refere aos Tratados Internacionais, assinale a alternativa correta:

- a) A ratificação de um tratado tem efeito *ex tunc*, ou seja, ele retroage no tempo, estendendo seus efeitos para questões anteriores à entrada em vigor do tratado.
- b) Se o Estado já ratificou o Tratado, mas este não entrou em vigor ainda, aplica-se a ele o período da irretratabilidade.
- c) O legislativo não pode oferecer reservas ao tratado e desabonar as reservas feitas pelo executivo.
- d) A simples assinatura já obriga o Estado ao cumprimento do Tratado.
- e) A ratificação é um ato interno que declara que o Tratado foi aprovado pelo Congresso.

2. A Denúncia e a Extinção do Tratado levam à cessação da responsabilidade internacional do Estado em relação às disposições do Tratado.

No que se refere à Denúncia do Tratado e sua Extinção responda qual a alternativa correta:

- a) A denúncia do Tratado é um ato interno, bastando apenas uma Declaração para afirmar a disposição do país em não mais cumpri-lo.
- b) A denúncia precisa ser aprovada pelo Congresso como a aprovação do Tratado.
- c) A existência de um fato superveniente que altere a situação que motivou o Tratado não é suficiente para levar à sua extinção.
- d) A mera vontade das partes não pode acarretar a extinção dos Tratados.
- e) O surgimento de uma norma costumeira de Direito Internacional posterior pode levar à extinção do Tratado.

3. Conhecer o status normativo de uma norma internacional, a partir do momento em que ela é incorporada ao ordenamento pátrio, é fundamental para saber qual a relação ela irá estabelecer com as demais normas e como pode se dar sua aplicação e efetividade.

Considerando o status normativo dos Tratados Internacionais e sua relação com o ordenamento jurídico brasileiro, assinale a alternativa correta:

- a) Segundo o STF, o Pacto de San José da Costa Rica, teria status de emenda constitucional.
- b) Os Tratados não podem ser revogados por lei ordinária posterior.
- c) Todos os Tratados de Direitos Humanos foram incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro como emenda constitucional.
- d) Os Tratados Internacionais só podem ter status de emenda constitucional se forem aprovados pelo quórum qualificado.
- e) Os Tratados de Direitos Humanos podem ser revogados por outras normas posteriores.

Seção 3.2

A Hierarquia dos Tratados de Direitos Humanos no Brasil II

Diálogo aberto

Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos estão mais presentes em nosso cotidiano do que a maioria da população é capaz de observar. Eles motivaram a criação de políticas públicas, a promoção da igualdade de gênero, o estabelecimento das cotas raciais, a proteção das crianças e adolescentes etc. Muitas vezes, além de ratificar os tratados, o Brasil promulgou normas posteriores que complementavam e afirmavam sua efetividade. Esse é o caso do Estatuto da Pessoa com Deficiência, com clara inspiração nos propósitos da Convenção da ONU sobre o Direito das Pessoas com Deficiência de que estamos tratando nesta unidade.

Caro aluno, imagine que você, como membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB, necessita dar mais um passo em sua análise sobre a Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência e nosso ordenamento jurídico, para a solução do caso no qual as escolas particulares querem cobrar valor maior da mensalidade dos alunos que possuem alguma deficiência. Um aporte importante para corroborar a inclusão das crianças com deficiência e que tem papel fundamental nesse caso é a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146 de 2015). A Lei, também chamada de Estatuto da Pessoa com Deficiência, é “destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania” (BRASIL, 2015, [s.p]) e expressamente dispõe que:



[...] tem como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo no 186, de 9 de julho de 2008, em conformidade com o procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, desde 31

de agosto de 2008, e promulgados pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, data de início de sua vigência no plano interno. (BRASIL, 2015, [s.p.])

Nesse momento, você precisa construir um Parecer Jurídico para apresentar à Comissão. Nesse Relatório você deverá analisar a compatibilidade da Lei com a Convenção e com a Constituição Federal (CF). Analise em seu Relatório a perspectiva do “Controle de convencionalidade e de constitucionalidade”. O que é e como se dá o controle de constitucionalidade do Estatuto da Pessoa com Deficiência, tendo como base a Convenção da ONU sobre o Direito das Pessoas com Deficiência? Por que ela pode ser usada como parâmetro de constitucionalidade? Como se dá o controle de convencionalidade aplicada ao Estatuto nesse caso e a quem cabe realizar essa análise, ou seja, de que autoridade cabe a competência?

Pronto para continuar na elaboração do seu parecer?

Não pode faltar

Vamos então compreender como se dá a efetividade e a aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos em nosso ordenamento? Após o advento da Emenda Constitucional (EC) nº 45/2004, há um novo tipo de controle das normas infraconstitucionais, que é o controle de convencionalidade das leis. Conforme vimos na seção anterior, a Emenda em questão inclui o § 3º ao artigo 5º da CF, que dispõe 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” (BRASIL, 1988, [s.p.]). Diante disso, estatui-se que a produção normativa doméstica conta com um duplo limite vertical material: a) a Constituição e os tratados de direitos humanos; e b) os tratados internacionais comuns em vigor no país.

Em relação aos Tratados de Direitos Humanos, coexistem em nosso ordenamento aqueles que foram e os que não foram aprovados com o quórum qualificado que o art. 5º, § 3º da Constituição prevê. Caso não tenham sido aprovados com essa maioria qualificada, seu status será de norma (apenas) materialmente constitucional, como

identificado pela redação do § 2º do art. 5º: “os direitos e garantias expressos nessa 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” (BRASIL, 1988, [s.p.]).

Essa norma é considerada uma “cláusula de abertura” na Constituição que permite a inclusão de outras normas de direitos humanos para além daqueles já consagrados na Carta Magna. Essa prerrogativa garante-lhes serem instrumentos somente de controle *difuso* de convencionalidade. De outra sorte, aqueles que tenham sido aprovados e entrado em vigor no plano interno após sua ratificação pela sistemática do art. 5º, § 3º, sendo também formalmente constitucionais, servirão também de paradigma do controle *concentrado*, para além, é claro, do *difuso* de convencionalidade.

Esses tratados de direitos humanos, paradigmas do controle concentrado, autorizam que os legitimados para a Ação Direita de Inconstitucionalidade previstos no art. 103 da Constituição proponham tal medida no STF como meio de retirar a validade de norma interna (ainda que *compatível* com a Constituição) que viole um tratado internacional de direitos humanos em vigor no país. Quanto aos tratados internacionais comuns, temos como certo que eles servem de paradigma de controle *de legalidade* das normas infraconstitucionais, de sorte que a incompatibilidade destas com os preceitos contidos naqueles invalida a disposição legislativa em causa em benefício da aplicação do tratado.



Exemplificando

É o que ocorre, por exemplo com o Pacto de San José da Costa Rica de 1969. Sua aprovação pelo Congresso Nacional não se deu pelo quórum requerido para a aprovação de uma norma com força de emenda constitucional, pois este foi incorporado ao nosso ordenamento em 1992, portanto anteriormente à EC 45/2004. Apesar de materialmente constitucional, a Convenção Interamericana supracitada não poderia ser considerada também formalmente constitucional.

A situação *sui generis* teve sua expressão em uma decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) referente ao Habeas Corpus (HC) 87.585-8/TO, proferida em 2008. A questão tratava do pedido de soltura de um réu considerado depositário infiel, crime previsto pela nossa Constituição, porém condenado e abolido pela Convenção

Interamericana, à qual o Brasil havia aderido. Nas palavras do Min. Celso de Melo:

Posta a questão nesses termos, a controvérsia jurídica remeter-se-á ao exame do conflito entre as fontes internas e internacionais (ou, mais adequadamente, ao diálogo entre essas mesmas fontes), de modo a se permitir que, tratando-se de convenções internacionais de direitos humanos, estas guardem primazia hierárquica em face da legislação comum do Estado brasileiro, sempre que se registre situação de antinomia entre o direito interno nacional e as cláusulas decorrentes de referidos tratados internacionais. (STF, Habeas Corpus nº 87.585-8/TO, Relator Min. Celso de Mello. Julgado pelo Pleno em 12/03/2008)

Com base nessa análise, o STF concedeu status de supralegalidade à Convenção Interamericana, não a igualando à CF, já que não havia sido aprovada pelo quórum necessário às emendas, mas acima das leis ordinárias, já que se tratava de norma materialmente constitucional e também pela prevalência dos Direitos Humanos consagrada pelo art. 4º, II da CF/88 (referente aos princípios que regem as relações internacionais do Brasil). Como resultado, está afastada da justiça brasileira a possibilidade de prisão do depositário infiel (proibida pela Convenção Americana de Direitos Humanos), restando apenas a possibilidade de prisão por dívida de alimentos.

Essa possibilidade diversa do status legal conferido aos Tratados de Direitos Humanos é denominada de **Teoria do Duplo Estatuto**, ou seja, dependendo do rito pelo qual cada Tratado de Direitos Humanos é incorporado, será a hierarquia legal que será atribuída a ele. Resumindo: os Tratados aprovados pelo rito qualificado terão status equivalente às emendas constitucionais, enquanto aqueles que foram incorporados pelo rito comum terão status supralegal.



Assimile

A Professora Flávia Piovesan elaborou uma divisão didática a respeito da Hierarquia dos Tratados Internacionais. Quanto à incorporação dos Tratados de Direitos Humanos ao Ordenamento Jurídico pátrio, existem hoje quatro correntes interpretativas no que tange à sua hierarquia: "a) a hierarquia supraconstitucional destes tratados; b) a hierarquia

constitucional; c) a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal; e d) a paridade hierárquica entre tratado e lei federal” (PIOVESAN, 2015, p. 138). Em relação a essa discussão, posiciona-se Flávia Piovesan (2015, p. 138):



Entende-se que, à luz do art. 5º § 2º da Carta de 1988, os direitos fundamentais podem ser classificados em três distintos grupos: a) o dos direitos expressos na Constituição; b) o dos direitos implícitos, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Carta constitucional; e c) o dos direitos expressos nos tratados internacionais subscritos pelo Brasil. A Constituição de 1988 inova, assim, ao incluir, dentre os direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário. Ao efetuar tal incorporação, a Carta está a atribuir aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a de norma constitucional. Essa conclusão advém de interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional. A esse raciocínio se acrescentam o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais referentes a direitos e garantias fundamentais e a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais, o que justifica estender aos direitos enunciados em tratados o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais.

Assim, conforme vimos acima, o **Controle de Convencionalidade** tem por finalidade verificar a compatibilidade vertical da norma nacional com os Tratados Internacionais ratificados pelo Estado e vigentes no território nacional.

Controle primário ou provisório seria exercido pela autoridade nacional ou pela justiça nacional no momento da análise do processo. É dito dessa forma, pois segundo autores como André de Carvalho Ramos, o Controle definitivo caberia à autoridade internacional, ou

seja, em caso de conflito entre as duas interpretações, a nacional e a internacional, é esta que deve ter a última palavra. Essa questão é importante para definir de onde partirá a palavra final para a interpretação do Tratado em caso de conflito.



Refleta

Após estudarmos o que significa o controle de convencionalidade, saiba que este é um assunto controverso na doutrina e na jurisprudência. A controvérsia reside na legitimidade para análise da compatibilidade dos Tratados com a Lei interna. Há os que defendem que é expressão de soberania do Estado e de afirmação do seu ordenamento jurídico que a justiça nacional tenha a última palavra. Enquanto outros autores defendem que são os órgãos internacionais, em especial as Cortes Internacionais, que teriam a legitimidade para dar a última palavra sobre a aplicação e interpretação dos Tratados Internacionais, pois se assim não ocorresse, cada país iria conferir ao documento o sentido que melhor lhe aprouvesse, causando a fragmentação e enfraquecendo o caráter universal do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Então, diante dessas opiniões diversas, a quem você acha que compete dar a última palavra sobre a interpretação das Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos?

O Brasil consagra a proteção aos Direitos Humanos e a exalta como princípio que rege suas relações internacionais, no art. 4º da Constituição Federal de 1988. Isso implica no estabelecimento de diretrizes da política externa brasileira em termos de Direitos Humanos. Além disso, o Brasil ainda consagra em seu artigo 5º, § 2º, que os direitos e garantias expressos na Constituição Federal não excluem outros que decorrem dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Essa possibilidade da inclusão de outras garantias materialmente conexas com os direitos humanos recebe o nome de Complementaridade Condicionada, pois para ser reconhecida precisa preencher três requisitos: a) a origem contratual da norma de Direitos Humanos, ou seja, deve decorrer de um Tratado Internacional, excluindo-se as demais fontes de direito internacional (Vide artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça; b) Conformidade Constitucional dos tratados, sendo que estes jamais podem contrariar disposição da Carta Magna. Tal situação ensejaria a possibilidade de declarar a inconstitucionalidade do Tratado, mediante a apreciação do Supremo Tribunal Federal, segundo o disposto no

art. 102, III, b da CF/88; c) a validade dos Tratados Internacionais de acordo com a forma de incorporação do tratado ao ordenamento jurídico pátrio.

Assim, é importante mencionar que, mesmo após sua incorporação, os Tratados em geral, promulgados pelo Decreto Legislativo, podem ser declarados inconstitucionais, pela interposição de recurso extraordinário ao STF, tal como dispõe o art. 102 da CF/88:



Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar inconstitucionalidade de tratado ou lei federal. (BRASIL, 1988, [s.p.])

Porém, é importante verificar que os Tratados de Direitos Humanos possuem outro status e, como vimos, passam a fazer parte do “bloco de constitucionalidade” dos direitos que compõem a Constituição Federal. Portanto, eles não podem ser atingidos por essa inconstitucionalidade, por outro lado, eles servem como parâmetro para as normas infraconstitucionais.



Assimile

Caro aluno, veja que, a partir do que estudamos acima, temos um duplo crivo de direitos humanos, o qual autores como o Professor André de Carvalho Ramos denomina de **“Teoria do Duplo Controle”**. Assim, temos o controle de convencionalidade que é exercido a título definitivo pelos organismos internacionais; e o controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que tais tratados passam a fazer parte do “bloco de constitucionalidade” da Constituição Federal.



Pesquise mais

Então, vamos aprofundar um pouco seu conhecimento sobre a aplicação da Teoria do Duplo Controle? Leia o Parecer da Procuradoria Geral da República sobre a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 320 que trata do Controle de Convencionalidade e de Constitucionalidade relativos à Convenção Americana de Direitos

Humanos. A íntegra do Parecer pode ser acessada por meio do link: <http://www.mpf.mp.br/pgr/copy_of_pdfs/ADPF%20000320.pdf/view>. Acesso em: 17 ago. 2017.

Agora que você já conhece os aspectos teóricos sobre a relação estabelecida entre os Tratados Internacionais, os que versam sobre Direitos Humanos em especial, e o nosso ordenamento jurídico, vamos aplicar este conhecimento na prática?

Sem medo de errar

Caro aluno, sua tarefa como membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB era elaborar um Parecer Jurídico que avaliasse a relação entre a Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência e a Lei Brasileira de Inclusão de 2015, verificando o que chamamos de “controle de convencionalidade das leis”. Além disso, você deve apontar quem tem a competência de analisar essa questão e qual a repercussão dessa análise.

Você deve, então, verificar que a Lei, que foi promulgada após a incorporação da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, é compatível com a Convenção. Na verdade, ela até auxilia a regulamentar algumas questões propostas pela própria Convenção.

A Convenção foi incorporada ao nosso ordenamento por meio do quórum qualificado e, portanto, com status de emenda constitucional. Assim, todas as Leis ordinárias, que são hierarquicamente inferiores, devem estar de acordo com a Convenção, também em razão do controle de constitucionalidade das Leis, realizado pelo Supremo Tribunal Federal.

Quanto ao controle de convencionalidade, que analisa a compatibilidade das normas nacionais com as normas internacionais, pode ser realizado tanto pelo juiz nacional (chamado de controle provisório), quanto pelas Cortes Internacionais (chamado de controle definitivo).

Lembre-se que, por fazerem parte do bloco de constitucionalidade, os Tratados de Direitos Humanos, no caso a Convenção das Pessoas com Deficiência, também podem ser usados como parâmetro de

compatibilidade para as normas infraconstitucionais.

Dessa forma, a Lei Brasileira de Inclusão, ou Estatuto da Pessoa com Deficiência, pode ser considerada compatível de acordo com o critério da convencionalidade e também com o critério da Constitucionalidade, passando pelo crivo do “duplo controle” atribuído aos Tratados de Direito Humanos.

Veja a seguir o modelo de Parecer Jurídico que você deverá utilizar:

Titulo do Parecer: Inclusão das Pessoas com Deficiência

Do Relatório

Explicitar neste ponto o caso, descrevendo os fatos e apontando os elementos que o compõem. Descreva a situação da criança e da Escola e todas as características presentes que possam ser úteis na elaboração do Parecer Jurídico.

Da Fundamentação Legal

Neste momento, você deve citar a legislação (no caso, o Estatuto e a Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência e as normas constitucionais relacionadas) que se aplicam ao caso. Disponha sobre o que as normas disciplinam em relação à situação fática e determine a que fato jurídico ela pertence.

Analise a legislação segundo o controle de constitucionalidade exercido pela Convenção e por que ele deve ser realizado.

Analise, também, o controle de convencionalidade e a quem cabe a competência para realizá-lo.

Conclusão

Conclua seu Parecer apontando o resultado final de sua análise sobre a aplicação dos pontos acima.

Avançando na prática

Convenção Interamericana sobre os Direitos das Pessoas Idosas e sua incorporação ao nosso ordenamento

Descrição da situação-problema

Vamos exercitar mais uma vez a teoria na prática? Imagine que você trabalha para o Ministério das Relações Exteriores e precisa avaliar a incorporação da Convenção Interamericana sobre o Direito das Pessoas Idosas aprovada no âmbito da Organização dos Estados Americanos em 2015. O Brasil ainda não ratificou, nem incorporou tal Convenção. Cabe a você, a pedido do Governo Brasileiro, analisar como se dará a incorporação de tal Tratado. Para tanto, você deve encaminhar um Relatório ao Presidente da República sobre o status legal do Tratado, a partir do momento em que for incorporado.

Resolução da situação-problema

Você deverá mencionar em seu Relatório que o Tratado deverá ser incorporado por meio do rito qualificado previsto no artigo 5º, § 3º da CF de 88, acrescentado a partir da EC 45/2004. Assim, o Tratado, que versa sobre os direitos humanos das pessoas idosas, teria status equivalente às emendas constitucionais. Dessa forma, ele servirá de parâmetro de constitucionalidade das normas infraconstitucionais, além de ser um parâmetro fundamental para o exercício do controle de convencionalidade das normas e decisões jurídicas brasileiras, em consonância com o compromisso internacional assumido pelo Brasil.

Faça valer a pena

1. Importante considerar que os Tratados de Direitos Humanos incorporados pelo Brasil representam um avanço na proteção de Direitos de nossos cidadãos. Nosso país passou por um período obscuro de ditadura militar que usurpou os direitos humanos de sua população. Nossa Constituição Federal, de 1988, veio resgatar tais direitos e deixou a porta aberta para que outros mais fossem acrescentados.

No que se refere à incorporação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ao nosso ordenamento jurídico, aponte a alternativa correta:

a) Os Tratados de Direitos Humanos são incorporados pelo rito comum,

possuindo status de Lei Complementar.

b) A Convenção Americana de Direitos Humanos possui status equivalente às emendas constitucionais por se tratar de um Tratado de Direitos Humanos.

c) A Convenção Americana de Direitos Humanos tem status supralegal, ou seja, acima das Leis ordinárias.

d) A prisão civil do depositário infiel é permitida em nosso país, pois está prevista na Constituição Federal.

e) A possibilidade de prisão por dívida de alimentos foi afastada em razão da incorporação da Convenção Americana de Direitos Humanos ao nosso ordenamento.

2. O controle de constitucionalidade e de convencionalidade representam um duplo crivo dos Tratados de Direitos Humanos, chamado de “Duplo Controle” por alguns autores.

No que se refere ao duplo controle dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, uma vez incorporados ao nosso ordenamento, assinale a alternativa correta:

a) O crivo da Constitucionalidade significa avaliar os Tratados de Direitos Humanos segundo a Constituição.

b) O crivo da Constitucionalidade implica analisar os Tratados Internacionais em geral, segundo as disposições da Constituição Federal, uma vez que segundo a própria CF/88 os Tratados de Direitos Humanos já são materialmente constitucionais.

c) O controle de convencionalidade é realizado pela Comissão de Constituição e Justiça antes da aprovação de um Tratado Internacional.

d) O controle de convencionalidade é exercido somente pela justiça internacional.

e) O controle de convencionalidade é exercido somente pela justiça nacional.

3. Os Tratados de Direitos Humanos são fundamentais para a universalização de tais direitos. Contudo, sabemos que o Direito Internacional necessita da coordenação e compromisso dos Estados para que ele seja efetivo. Um desses compromissos está em aplicar tais tratados respeitando seu verdadeiro sentido e propósito. Para tanto existe o controle de convencionalidade.

No que se refere ao controle de convencionalidade, aponte a alternativa correta:

a) O controle de convencionalidade representa a análise da compatibilidade das Convenções Internacionais com a Constituição Federal.

b) O controle de convencionalidade é realidade pelo Estado Brasileiro no

momento da assinatura dos Tratados, como condição para que sejam incorporados.

c) O controle de convencionalidade representa a análise da compatibilidade das normas e decisões nacionais com as disposições das Convenções Interacionais às quais o país se comprometeu.

d) O controle de convencionalidade refere-se ao processo legislativo, mas não à jurisprudência dos tribunais.

e) O controle de convencionalidade é exclusivo da justiça nacional e só pode ser exercido após a efetiva incorporação do Tratado.

Seção 3.3

As instituições de defesa e promoção dos Direitos Humanos nos diversos Poderes da República

Diálogo aberto

Caro aluno, nesta seção vamos estudar o papel das diversas instituições nacionais na promoção e proteção dos direitos humanos. Dentre elas, o Ministério dos Direitos Humanos, o Ministério Público Federal, a Defensoria Pública e Conselho Nacional de Direitos Humanos.

Continuando em nossa perspectiva sobre o Direito das Pessoas com deficiência e você no papel de representante da Comissão de Direitos Humanos da OAB. Após o sucesso do seu parecer que alcançou conhecimento nacional e levou inúmeros meios de mídia a abordarem o assunto, seu mandado enquanto representante da Comissão de Direitos Humanos da OAB terminou, e você resolveu retomar suas atividades enquanto advogado.

Em um dos seus primeiros dias no escritório, chega a seu conhecimento o caso de uma escola pública que discriminou um aluno com deficiência mental, recusando-se a aceitar sua matrícula alegando não possuir estrutura necessária para atendimento ao aluno, mesmo diante da reivindicação da família, entregando justificativa por escrito. Nesse sentido, você foi procurado pela família da criança, que relatou o caso. Você, então, decidiu agir, tomando as devidas providências para garantir o direito da criança. Verifique qual instrumento jurídico você deverá usar no caso, qual a justiça competente e quais argumentos você usaria para defender os direitos da criança. Lembre-se que há certa urgência, já que o início do ano letivo se aproxima. Produza, então, a peça processual adequada a ser submetida à justiça em defesa do direito da criança.

Para auxiliar, nesta seção você estudará as instituições de defesa e promoção dos Direitos Humanos nos diversos Poderes da República. Para tanto, serão abordados a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, a ouvidoria nacional dos Direitos Humanos, as secretarias de políticas de promoção da igualdade racial e a secretaria de política nacional para mulheres e o Programa Nacional

de Ações Afirmativas.

Você estudará ainda o Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana e os demais órgãos colegiados federais de defesa dos direitos humanos. Por fim, lembrará como o Poder Legislativo Federal, o Ministério Público e a Defensoria Pública se relacionam à Proteção dos Direitos Humanos e a sua proteção no âmbito estadual e municipal.

Enquanto advogado, como você moveria toda a estrutura judicial para voltar atenção a esse caso e permitir que o melhor interesse da criança esteja sempre respeitado?

Pronto para ajudar a sua cliente?

Não pode faltar

Caro aluno, nesta seção vamos analisar o papel das principais instituições de Direitos Humanos do nosso país e sua importância na proteção destes direitos.

Importante mencionar que a Organização das Nações Unidas, na Resolução de 3 de março de 1992 da extinta Comissão de Direitos Humanos (atualmente, Conselho de Direitos Humanos, do qual o Brasil faz parte), estabeleceu os chamados “Princípios de Paris”, dentre os quais propugnava a criação de uma Instituição Nacional de Direitos Humanos, em cada um dos Estados-membros, a qual fosse responsável por promover tais direitos e monitorar eventuais violações. Além disso é importante dizer que os esforços para esta proteção deveriam englobar todos os Poderes da República. Essa proposição demonstra a preocupação de que os Estados verdadeiramente se comprometessem com a proteção dos Direitos Humanos e com sua efetividade.



Assimile

Veja, já mencionamos em outra ocasião a importância da Conferência de Viena de 1993. A partir dessa Conferência, tivemos a Declaração e Programa de Ação de Viena, adotada no mesmo ano, o qual, dentre outros avanços importantes na proteção dos Direitos Humanos, também propôs aos Estados, que concordaram massivamente com suas disposições, com a criação de um Plano Nacional de Direitos Humanos. Assim, em seu parágrafo 36, estabelece que:



A Conferência Mundial sobre Direitos do Homem reafirma o importante e construtivo papel desempenhado pelas instituições nacionais na promoção e proteção dos direitos do homem, em particular na sua qualidade de órgãos de assessoria das autoridades competentes, bem como o seu papel na reparação de violações dos direitos humanos, na disseminação de informação sobre direitos humanos e na educação sobre Direitos do homem.

A Conferência Mundial sobre Direitos do Homem encoraja a criação e o reforço de instituições nacionais, considerando os “Princípios relativos ao estatuto de Instituições nacionais” e reconhecendo que cada Estado tem o direito de optar pelo enquadramento que melhor se adequa às suas necessidades específicas a nível nacional.

O texto total da Declaração está disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/viena.html>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

Assim, o Brasil cria os Programas Nacionais de Direitos Humanos (PNDH). O PNDH – 1, foi estabelecido em 1996; o PNDH – 2, foi estabelecido em 2002 e o PNDH – 3 está em vigor desde o ano de 2009. O Plano possui como eixos centrais:

- desenvolvimento e direitos humanos;
- universalizar direitos em um contexto de desigualdades;
- segurança pública e acesso à justiça, combate à violência;
- educação e cultura em direitos humanos;
- direito à memória e à verdade;
- interação democrática entre a sociedade civil e o Estado.



Pesquise mais

Para ter acesso ao texto completo dos Três Programas e, também, a várias discussões e controvérsias sobre seu conteúdo e implementação, recomenda-se consultar o site <<http://www.dhnet.org.br/dados/pp/pndh/>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

Importante mencionar que os Estados da Federação e alguns Municípios também possuem seus Planos Estaduais e Municipais. No mesmo link é possível ter acesso a vários deles. Os Estados também contam com Secretarias de Direitos Humanos, ligadas ao Governo Estadual. Além disso, as Assembleias Legislativas também contam com Secretarias e Comissões Especiais destinadas à promoção dos Direitos Humanos, nas quais os Deputados atuam discutindo as melhores ações normativas para promover a proteção de tais direitos.

Animados pelos Princípios de Paris, foi criado em 1964 o Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Humana, contudo, em abril do mesmo ano, o Golpe Militar relegou o órgão ao ostracismo. Porém, já no período democrático e após a adesão do Brasil à Declaração de Viena, a discussão para a criação de um órgão semelhante tomou novo fôlego, mas não teve espaço na agenda política brasileira até o ano de 2014, no qual foi, então, criado o **Conselho Nacional de Direitos Humanos**, Lei nº 12.986/2014. Um órgão colegiado com representantes de diversos segmentos da República, cujos objetivos são:

Art. 2º O CNDH tem por finalidade a promoção e a defesa dos direitos humanos, mediante ações preventivas, protetivas, reparadoras e sancionadoras das condutas e situações de ameaça ou violação desses direitos.

§ 1º Constituem direitos humanos sob a proteção do CNDH os direitos e garantias fundamentais, individuais, coletivos ou sociais previstos na Constituição Federal ou nos tratados e atos internacionais celebrados pela República Federativa do Brasil.

§ 2º A defesa dos direitos humanos pelo CNDH independe de provocação das pessoas ou das coletividades ofendidas. (BRASIL, 2014, [s.p.])

O Poder Executivo também possui um órgão especial destinado à promoção dos Direitos Humanos, que é a Secretaria Especial de Direitos Humanos. A Secretaria foi criada em 1997 e era, na ocasião, parte da estrutura do Ministério da Justiça. Posteriormente, adquiriu status de Ministério Independente. Dentre suas principais atribuições está a de coordenar a política nacional de direitos humanos, em consonância com as diretrizes do PNDH. Em 2003, foram criadas outras Secretarias especiais a ela vinculadas: a Secretaria Especial de Políticas para as

Mulheres (SEPM) e a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR). As três Secretarias Especiais integrando a estrutura da Presidência da República exercendo seus titulares de fato e de direito, os cargos de Ministro/a de Estado. Atualmente, a Secretaria é denominada de “Ministério dos Direitos Humanos” e tem sofrido diversas mudanças, acompanhando a instabilidade política do país.

Mas, e o Poder Legislativo?

O Senado Nacional também possui atuação nos direitos humanos representada pela **Comissão de Direitos Humanos**, que promove audiências nas quais os Senadores discutem questões pertinentes ao tema e das quais, eventualmente, surgem iniciativas legislativas. A Comissão também possui subcomissões criadas para tratar de temas específicos como a Subcomissão Permanente para Justiça de Transição; a Subcomissão sobre a Defesa dos Direitos da Mulher e a Subcomissão de Combate ao Tráfico Internacional de Pessoas e Trabalho Escravo, todas em pleno funcionamento no momento.

Por sua vez, o **Ministério Público Federal** também possui uma atuação importante na defesa dos Direitos Humanos, especialmente por meio da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão e das Procuradorias Regionais correspondentes. Vamos reforçar um pouco seu conhecimento sobre esse órgão?

O Ministério Público é um órgão independente e não pertence a nenhum dos três Poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário. Possui autonomia na estrutura do Estado e não pode ser extinto ou ter as atribuições repassadas a outra instituição. O papel do órgão é fiscalizar o cumprimento das leis que defendem o patrimônio nacional e os interesses sociais e individuais, fazer controle externo da atividade policial, promover ação penal pública e expedir recomendação sugerindo melhoria de serviços públicos. Como fiscal da Lei, o Ministério Público Federal também tem a função de garantir a efetividade dos Direitos Humanos, observando se as normas são respeitadas.

Sua competência está prevista no artigo 129 da CF/88, das quais se destacam os seguintes incisos que possuem relação direta com a defesa dos direitos fundamentais:



- I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
- III - promover o inquérito civil e a ação civil pública,

para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;
V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;
VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva. (BRASIL, 1988, [s.p.])

Para tornar efetiva essa competência o MP possui ao seu dispor legal alguns instrumentos essenciais: a) promover ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade; b) promover representação para intervenção federal nos Estados e Distrito Federal; c) impetrar habeas corpus e mandado de segurança; d) promover mandado de injunção; e) promover inquérito civil e ação civil pública para proteger: direitos constitucionais, patrimônio público e social, meio ambiente, patrimônio cultural, interesses individuais indisponíveis, homogêneos e sociais, difusos e coletivos; f) promover ação penal pública; g) expedir recomendações, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública; h) expedir notificações ou requisições (de informações, de documentos, de diligências investigatórias, de instauração de inquérito policial à autoridade policial).

Outro órgão importante na proteção dos direitos humanos é a **Defensoria Pública da União** que possui papel indelével, especialmente quanto à defesa dos interesses dos cidadãos menos favorecidos, sejam eles brasileiros ou estrangeiros. A Constituição Federal de 88 estabeleceu em seu artigo 134 sua importância para a consecução da justiça:

A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (BRASIL, 1988, [s.p.])

”

Posteriormente, a Lei Complementar 80/1994 organiza o funcionamento e atuação da Defensoria (a Lei foi posteriormente modificada pela Lei Complementar 132/2009). Dentre os principais objetivos que orientam a atuação da Defensoria pública estão: a) a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais; b) a afirmação do Estado Democrático de Direito; c) a prevalência e efetividade dos direitos humanos; d) a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório (BRASIL, 1994).



Refleta

Diante do papel dos diversos órgãos nacionais, dos três poderes da República que se destinam à proteção dos Direitos Humanos, cabe refletir sobre seu papel. Eles realmente são efetivos? Como você avalia a atuação desses órgãos em nosso país? De que maneira podem ser aprimorados? Existe conflito entre eles? Existe afinidade entre seus propósitos e sua atuação? Sabemos que tais órgãos precisam representar os valores de nossa sociedade e, também, assegurar a promoção e proteção dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos. Qual a importância de tais órgãos na proteção dos direitos humanos?

Caro aluno, você sabe de quem é a competência para julgar graves violações de Direitos Humanos em âmbito nacional? Então, essa competência é da Justiça Federal, segundo o que foi disposto pelo § 5º do artigo 109 da CF/88, que foi adicionado pela EC 45/2004. A inteligência da norma dispõe que:



[...] nas hipóteses de graves violações de direitos humanos, o Procurador Geral da República, com finalidade de assegurar o cumprimento das obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o STJ, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a justiça federal. (BRASIL, 1988, [s.p.])

E o inciso V, a, dispõe que: “compete aos juízes federais julgar as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo.” (BRASIL, 1988, [s.p.]).

Veja que o artigo menciona o “incidente de deslocamento de competência”, no qual o Procurador Geral da República, que é

auxiliado por um grupo de Procuradores responsáveis por analisar casos relevantes de violações de direitos humanos, solicitando que estes sejam encaminhados à Justiça Federal. Tal atitude é decorrente do dever internacional do Estado em estabelecer recursos internos eficazes e de duração razoável para a proteção dos direitos humanos. Algumas críticas foram feitas a essa possibilidade, e sua eventual inconstitucionalidade, por ferir os princípios do juiz natural e do devido processo legal, bem como por ser uma afronta o Pacto Federativo. Mas, tais críticas perecem diante da importância que qualquer violação de direitos humanos adquire para o Estado democrático de direito.



Exemplificando

A primeira vez em que foi solicitado o incidente de deslocamento de competência em um processo, de acordo com o disposto no § 5º do artigo 109, foi no caso Manoel Mattos, em 2010. O sr. Manoel Mattos era vereador e defensor dos Direitos Humanos e lutava contra grupos de extermínio nos estados da Paraíba e Pernambuco e foi executado em 2009. O entendimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA era de que ele deveria estar sob proteção policial. A Procuradoria Geral da República solicitou, então, o deslocamento de competência para a justiça federal, que foi aceito pela 3ª Turma do STJ.

Caro aluno, você sabia que a Constituição Federal nos dota de instrumentos capazes de fazer valer tais direitos? Vamos saber quais são eles?

1. Habeas Corpus

Segundo o que prevê o art. 5º, LXIII da CF de 88 “Conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.” (BRASIL, 1988, [s.p.]). Não pode ser concedido Habeas Corpus durante o Estado de Sítio (art. 139, I e II da CF) e nem em caso de punições disciplinares militares (art. 142 § 2º). É um remédio constitucional destinado a tutelar o direito de liberdade de locomoção, liberdade de ir, vir, parar e ficar. Sendo o primeiro remédio constitucional a integrar as conquistas liberais. Denota-se sua presença na Inglaterra antes mesmo da Magna Carta de 1215, que lhe deu a primeira conotação escrita. O *Habeas Corpus Amendment Act*, de 1679, é o que o configurou, com mais precisão, como um remédio destinado a assegurar a liberdade dos súditos e prevenir os

encarceramentos ultramarinos.

2. Mandado de Segurança Individual e Coletivo

A Constituição de 1988 contempla duas formas de mandado de segurança: o individual (art. 5º, inciso LXIX) e o coletivo (art. 5º, inciso LXX). Enquanto aquele constitui garantia individual, este consiste em garantia coletiva. Ambos possuem os seguintes pressupostos: a) direito líquido certo violado; b) que tenha sido violado por ato de autoridade (todo aquele que for praticado por pessoa investida de uma parcela de poder público). Assim, aquele que se vê ofendido, ou ameaçado de sê-lo, em seus direitos, por ato arbitrário de uma autoridade, seja porque esse comportamento do agente configure uma ilegalidade, seja por caracterizar um abuso de poder, obterá uma sentença ordenando a imediata cessação do ato impugnado por meio da ação. Existem alguns requisitos para que um ato seja impugnado pelo mandado de segurança: o ato tem que ser lesivo a um direito líquido e certo, praticado com ilegalidade ou abuso de poder, emanado de autoridade pública (ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, não tutelável por meio de habeas corpus ou habeas data). Esse remédio constitucional é regulado, dentre outros, pela Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009.

3. Ação Popular

A ação popular está prevista na Constituição Brasileira, art. 5º, LXXIII:



[...] qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Segundo José Afonso da Silva (1997), a ação popular atribui ao povo legitimidade de pleitear a tutela jurisdicional de interesse que não lhe pertence singularmente, mas à coletividade, ou seja, qualquer membro da coletividade tem a possibilidade de invocar a tutela jurisdicional de interesses coletivos. Pode ser entendida como o instituto processual civil, que outorga a qualquer cidadão como garantia político-constitucional, para a defesa do interesse da coletividade, mediante a provocação do controle jurisdicional corretivo aos atos lesivos dos bens supracitados.

4. Mandado de Injunção

O mandado de injunção é uma nova garantia constitucional instituída no art. 5º, inciso LXXI da Constituição de 1988, com o seguinte enunciado: “Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de normas regulamentadoras torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. Constitui remédio ou ação constitucional posto à disposição de quem se considerar titular de qualquer daqueles direitos, liberdades ou prerrogativas, inviáveis por falta de norma regulamentadora exigida ou suposta pela Constituição. A principal finalidade do mandado de injunção é a de conferir imediata aplicabilidade à norma constitucional portadora daqueles direitos e prerrogativas, inerte em virtude de ausência de regulamentação.

5. Habeas Data

O habeas data, previsto no art. 5º, inciso LXXII da Constituição de 1988, é um remédio constitucional que tem por objeto proteger a esfera íntima dos indivíduos contra: a) usos abusivos de registros de dados pessoais coletados por meios fraudulentos, desleais ou ilícitos; b) introdução nesses registros de dados sensíveis; e c) conservação de dados falsos ou com fins diversos dos autorizados em lei. O Art. 5º, inc. LXXII, explicita:

Conceder-se-á habeas data: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.



Inserido, pois, o mandado de segurança individual no sistema de remédios constitucionais assecuratórios do gozo de direitos violados ou em vias de violação, mister se faz passar à análise da Teoria da Ação Mandamental, a qual tem por fim obter, como eficácia preponderante, da respectiva sentença de procedência, que o juiz emita uma ordem de observância cogente.

Agora, você compreendeu que possuímos instrumentos para assegurar os direitos fundamentais previstos em nossa Carta Magna, sendo que o fato dela disponibilizar tais instrumentos é uma expressão de que vivemos em um Estado democrático de direito.

Muito bem, agora vamos aplicar o que aprendemos?

Sem medo de errar

Caro aluno, agora que você estudou a atuação dos diversos órgãos nacionais na proteção dos direitos humanos, vamos retomar a tarefa proposta. Você foi procurado por uma família que teve o acesso de seu filho à educação em escola pública federal negado, em razão de possuir deficiência mental. A escola alegou, por escrito, não estar apta para oferecer as condições necessárias para formar e educar a criança de necessidades especiais.

Diante dessa clara e flagrante violação do princípio da igualdade e do direito à educação, além da discriminação imposta à criança em razão de sua deficiência, você pode impetrar um mandado de segurança individual perante à justiça federal, que possui a competência para julgar questões de violações de direitos humanos e contra a federação.

Em suas alegações, você deverá invocar a Lei Brasileira de inclusão, também chamada de Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146 de 2015); também poderá invocar dispositivos constitucionais de garantia dos direitos fundamentais à igualdade, à educação e, também do melhor interesse da criança. Além dessas normas nacionais, você deverá também mencionar que o Brasil ratificou a Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Adicional, ambos de 2006. Todas essas normas proíbem a discriminação das pessoas com deficiência em razão de sua condição e que o Estado deve proporcionar a estas pessoas a possibilidade de inclusão em nível de igualdade com os demais cidadãos, por meio de normas e políticas públicas específicas que possam garantir-lhes a efetividade de seus direitos.

Como se trata de um mandado de segurança, será necessário comprovar o ato, que tem que ser lesivo a um direito líquido e certo, isto é, o direito à educação e igualdade para crianças, seja praticado com ilegalidade ou abuso de poder, emanado de autoridade pública (ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, não tutelável por meio de habeas corpus ou habeas data).

Lembre-se ainda que, caso entenda por ser cabível o pedido liminar, já que o período de início das aulas se aproxima, a análise dos requisitos aplicáveis às medidas cautelares deverá ser observada para que seja possível o cabimento da medida liminar com a finalidade de maior

efetividade da medida (probabilidade do direito e plausibilidade do pedido).

Pronto para continuar seus estudos?

Avançando na prática

Deslocamento de Competência

Descrição da resolução-problema

Prezado aluno, você é Procurador da República e trabalha junto ao grupo da Procuradoria Geral da República destinada a analisar casos de violações de direitos humanos. Chega ao seu conhecimento um processo no qual a Polícia Militar de São Paulo matou um morador de rua, sem justificativa plausível para tanto. Diante da denúncia de entidades protetoras dos direitos humanos e de organizações que auxiliam a população de rua, o caso foi negligenciado, a delegacia não investigou o caso e a sindicância promovida pela polícia militar foi feita com flagrantes falhas de investigação. Assim, organizações de defesa de direitos humanos propõem uma ação contra o estado de São Paulo no referido caso. Como você deve proceder diante de um caso como este?

Resolução da situação-problema

Como o caso se trata de flagrante violação de direitos humanos, que foi negligenciada pelo Estado, cabe a você orientar o Procurador da República a solicitar ao Superior Tribunal de Justiça, o deslocamento de competência para a justiça federal e, então, atuando o Ministério Público Federal na ação. A violência policial e as execuções sumárias são um dado alarmante em nosso país, assim como a negligência do Poder Público em relação a isso. Lembrando que o Brasil já foi inclusive condenado em um caso de execuções extrajudiciais, o Caso Favela Nova Brasília. Assim, atuar em uma questão como essa, na defesa dos direitos humanos de pessoas em situação de vulnerabilidade, é essencial.

Faça valer a pena

1. É fundamental que as Instituições Nacionais possuam mecanismos de proteção dos direitos humanos para que eles possam ser efetivos. Por mais que tenhamos normas e uma Constituição que garantam tais direitos e que o país tenha se comprometido com tratados internacionais sobre o tema, tudo seria em vão se fosse o compromisso interno assumido pelos Poderes da República.

No que se refere à atuação dos órgãos nacionais na proteção dos direitos humanos, assinale a alternativa correta:

- a) A Câmara dos Deputados possui uma Comissão de Direitos Humanos que atua na promoção de tais direitos.
- b) É dever da Defensoria Pública da União promover a ação civil pública na defesa dos direitos fundamentais.
- c) A ação civil pública é um instrumento fundamental do Ministério Público Federal na promoção dos interesses individuais e coletivos.
- d) Cabe à Defensoria Pública da União promover o acesso à justiça, porém somente de brasileiros e não de estrangeiros.
- e) O Ministério dos Direitos Humanos é parte do Ministério da Justiça.

2. A criação de um organismo nacional de proteção aos direitos humanos já estava prevista pelos princípios de Paris, adotados pela Resolução da Assembleia Geral da ONU de 1954.

Sobre a atuação dos órgãos nacionais na proteção dos direitos humanos, assinale a alternativa correta:

- a) O Conselho dos Direitos da Pessoa Humana foi criado em 1964 e sobreviveu à Ditadura Militar.
- b) O Programa Nacional de Direitos Humanos tem por objetivo a promoção e efetividade de tais direitos, sendo que o terceiro está atualmente em vigor.
- c) O Programa Nacional de Direitos Humanos foi um compromisso assumido pelo Brasil na Declaração de Viena, mas nunca foi implementado.
- d) A Secretaria Nacional de Direitos Humanos é um órgão do Poder Legislativo destinado a apurar eventuais violações de Direitos Humanos.
- e) A Comissão de Direitos Humanos do Senado e suas subcomissões são as responsáveis pela implementação do Programa Nacional dos Direitos Humanos.

3. A proteção dos direitos humanos não seria possível sem instrumentos que fossem capazes de garanti-los. Esses instrumentos estão à disposição dos órgãos nacionais e dos cidadãos, cada qual segundo seu *jus standi*, para fazer uso deles sempre que necessário à garantia dos direitos fundamentais. No que se refere aos instrumentos para a garantia dos direitos humanos e à competência para fazer uso deles, assinale a alternativa correta:

- a) O incidente de deslocamento de competência deve ser requerido pela parte perante o Supremo Tribunal Federal.
- b) A ação popular deve ser impetrada sempre que houver um ato de abuso de poder cometido por agente público.
- c) O habeas data é proposto para garantir a liberdade de indivíduo ilegalmente detido.
- d) O mandado de injunção é usado quando não há norma prévia que regulamente o exercício de determinado direito.
- e) O habeas corpus é impetrado contra autoridade pública que cometeu abuso de poder.

Referências

ACCIOLY, H. **Manual de Direito Internacional Público**. Saraiva: São Paulo, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 jun. 2017.

_____. Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. **Coleção das Leis do Brasil** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 16 ago. 2017.

_____. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 dez. 2004.

_____. Lei complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 jan. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp80.htm>. Acesso em: 16 ago. 2017.

_____. Lei nº 12.986, de 2 de junho de 2014. Transforma o Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana em Conselho Nacional dos Direitos Humanos (CNDH); revoga as Leis nº 4.319, de 16 de março de 1964, e 5.763, de 15 de dezembro de 1971; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 3 jun. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12986.htm>. Acesso em: 16 ago. 2017.

_____. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 7 jul. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 16 ago. 2017.

CENTRO DE DIREITO INTERNACIONAL – CEDIN. Instituto dos Advogados de Minas Gerais. **Convenção de Viena sobre direito dos tratados entre estados e organizações internacionais**. Viena: CEDI, 1986. Disponível em: <<http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/13760/material/Conven%C3%A7%C3%A3o%20de%20Viena%20Dir%20Tratados%20Estados%20e%20OIs%20-%201986.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

CONFERÊNCIA MUNDIAL SOBRE DIREITOS DO HOMEM. **Conferência mundial de direitos humanos**. Viena, 1993. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/viena.html>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 28 ago. 2018.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE – I.C.J. Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations. **Advisory Opinion. I. C. J. Reports**, 11 abr. 1949. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/4/004-19490411-ADV-01-00-EN.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

ONU. **Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência e seu protocolo adicional**, 2006.

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

RAMOS, André de C. **Curso de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Processo internacional de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 13. ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1997.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus 87.585-8, Tocantins, 3 dez. 2008. **Diário da Justiça Eletrônico** nº 116, 26 jun. 2009.

Temas atuais de Direitos Humanos

Convite ao estudo

Caro aluno, agora que já estudamos os fundamentos dos direitos humanos, tanto no plano internacional, quanto nacional, vamos nos dedicar a alguns temas atuais de direitos humanos. O objetivo é que você possa desenvolver um raciocínio crítico e possa aplicar tudo o que você aprendeu em questões importantes e urgentes da proteção dos direitos humanos que desafiam os operadores do direito.

Nesta unidade, vamos estudar temas como a transdisciplinaridade dos direitos humanos, o acesso à justiça e temas específicos como segurança, refugiados, conflitos religiosos e direitos humanos e tecnologia.

Nesta unidade você também desenvolverá uma tarefa importante, aplicando os conhecimentos aqui apreendidos. Essa tarefa envolve a produção de uma decisão de um caso importante de nossa justiça. Veja, o Brasil é parte da Convenção de Genebra de 1951 sobre o Direito dos Refugiados e, também, possui uma legislação específica sobre o tema, a Lei nº 9.474/1997. Nos últimos anos, é significativo o aumento do número de solicitantes de refúgio no Brasil e de refugiados reconhecidos. Sendo assim, nossa reflexão desenvolve-se no comprometimento do Estado Brasileiro quanto à proteção dos direitos humanos desses indivíduos, segundo as normas nacionais e internacionais às quais o país se comprometeu.

Em situação hipotética, um refugiado reconhecido pelo Brasil, vítima de guerra, não tem condições de trabalho e o período de auxílio material fornecido pelo governo, que é de dois anos, encerrou. Resta a esse refugiado solicitar algum tipo

de auxílio por outros meios jurídicos, uma vez que não possui condições de sustento de forma autônoma. Nesse contexto, qual o caminho deve ser percorrido por esse refugiado para buscar tal auxílio? Quais direitos ele poderia alegar? Quais seriam os argumentos que poderia sustentar sua petição? Ele realmente teria direito a tal benefício? Qual seria a justificativa legal? A situação descrita acima suscita a discussão sobre princípios de direitos humanos, como a igualdade, a dignidade da pessoa humana, dentre outros previstos em nossa Carta Magna, bem como os direitos previstos nas normas nacionais e internacionais sobre refúgio.

Porém, a legislação previdenciária obstaculiza a concessão do benefício a estrangeiros. Cabe, portanto, refletir, nesse conflito de normas, qual deve prevalecer.

Então, vamos aos estudos?

Seção 4.1

Transdisciplinaridade dos Direitos Humanos

Diálogo aberto

Vamos refletir a respeito do tema dos direitos humanos e políticas públicas, aplicando o conhecimento na prática?

Em 2010, um caso semelhante levou o Ministério Público Federal, em São Paulo, a propor uma ação civil pública que pleiteava tal proteção a três refugiados Palestinos Idosos (Ação Civil Pública nº 0023528.28.2010.4.03.6100, distribuída na 10ª Vara Cível da capital). Tal ação foi indeferida, negando o benefício aos refugiados. Contudo, tal discussão não avançou às instâncias superiores. O indeferimento deu-se em razão da proibição expressa constante no artigo 203 – A da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), Lei nº 8.742/1993, excluindo estrangeiros da possibilidade de receber o benefício. Entretanto, em recente Recurso Extraordinário interposto perante o Supremo Tribunal Federal (STF), nº 587970, o Relator Min. Marco Aurélio, concedeu o benefício a uma cidadã italiana, invocando os princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, bem como o princípio da igualdade entre brasileiros e estrangeiros previstos no art. 5º da CF. Essa decisão abriu novo precedente para a concessão da prestação continuada a imigrantes vivendo no país.

Imagine que você é o juiz de uma ação semelhante, impetrada com base no caso hipotético descrito acima, também promovida pelo Ministério Público Federal que conclama a responsabilidade do Estado em garantir o benefício da proteção continuada ao refugiado mencionado no caso. Produza uma sentença para o caso, colocando-se no papel do juiz e decida sobre a possibilidade ou não de concessão do benefício, analisando os diplomas nacionais e internacionais referentes ao tema. Você concederia tal benefício? Com base em quais argumentos jurídicos? Diante dessa decisão, imagine que você é o juiz que recebe um pedido de assistência continuada de um refugiado vitimado pela guerra e, por essa razão, sem condições físicas e psicológicas de prover seu próprio sustento. Como você se manifestaria em sua decisão? Quais elementos comporiam sua sentença neste caso? Construa sua decisão a partir

do direito dos imigrantes de modo geral aos direitos sociais.

Para responder a tais questionamentos, vamos estudar alguns pontos importantes: a relação dos direitos humanos com outras áreas do conhecimento, o acesso à justiça como um instrumento importante de efetividade de tais direitos e a aplicação dos conceitos de direitos humanos em temas importantes e atuais, como o caso dos refugiados.

Não pode faltar

Diante dessa tarefa, temos muito o que refletir sobre a relação entre os direitos humanos e suas diversas dimensões concretas. Começamos pela relação entre Direitos Humanos e políticas públicas e o controle judicial dessas políticas.

Dentre os direitos humanos, os direitos sociais são aqueles que necessitam da atuação do Estado, como vimos, pois são direitos que se baseiam na solidariedade dos recursos e na prestação positiva do Estado para que sejam garantidos. Contudo, diante de alegados problemas financeiros, os Estados costumam furtar-se a prestar tais direitos. Do ponto de vista da teoria jurídica dos direitos fundamentais, é dever do Estado garantir o “mínimo existencial” (chamado pela doutrina americana de *“minimum core of economic and social rights”* ou conjunto mínimo de direitos econômicos e sociais), ou seja, o que é necessário para que uma pessoa tenha assegurada sua sobrevivência e uma vida digna. Em consonância com esse princípio, tem-se outra questão importante, que é a proibição do retrocesso social, ou seja, não pode o Estado deixar de garantir tais direitos ou retirá-los da população, uma vez garantidos.

Um dos argumentos frequentemente utilizados pelo Estado para não tornar efetivos tais direitos é a chamada “reserva do possível”. A reserva do possível, prerrogativa que nasceu de uma decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, a qual avaliava uma intervenção estatal na liberdade profissional de candidatos ao curso de medicina de uma universidade pública alemã, é utilizada como critério para limitar os deveres estatais de prestação, principalmente os relacionados aos direitos sociais, pelo STF e outros tribunais. Porém, a reserva do possível não pode ser utilizada como critério para limitar

a aplicabilidade imediata dos direitos prestacionais, ou seja, não cabe ao magistrado mensurar se existe capacidade financeira para fornecer tal direito, cabe apenas analisar a inconstitucionalidade da omissão estatal em prestá-lo. Mesmo que a alegação tenha fundamento diante da escassez orçamentária, a reserva do possível não pode ser usada para relativizar a garantia de direitos, ou seja, garantir para uns e não para outros, pois isso acarretaria flagrante desigualdade entre os titulares dos direitos fundamentais.



Exemplificando

Ministro Celso de Mello afirma no Recurso Extraordinário nº 436996/SP, em célebre caso sobre o direito à saúde, no qual o Estado alegou o argumento da “reserva do possível”:

[...] não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder público, mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa, criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições mínimas de existência [...] a cláusula da reserva do possível, ressalvada a ocorrência de justo motivo, não poderá ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (BRASIL, 2006, [s.p.])



Vamos retomar um pouco da história dos direitos sociais e a importância do papel do Estado. Desde o surgimento dos movimentos socialistas do final do século XIX que a discussão sobre os direitos humanos e o desenvolvimento econômico emerge como um parâmetro de estabelecimento de um equilíbrio entre o capital e o humanismo. As péssimas condições de trabalho a que eram

submetidos os trabalhadores das fábricas no ocidente levaram a uma série de protestos pedindo por reformas que garantissem direitos a esses indivíduos. Surgem, então, os direitos de Segunda Dimensão, os chamados Direitos Sociais, que requerem uma prestação positiva do Estado para sua implementação. Um exemplo desse movimento resultou em uma série de documentos (referidos anteriormente na dita unidade) e também na criação de uma das mais importantes Organizações Internacionais sobre o tema a Organização Internacional do Trabalho (OIT), pelo Tratado de Versalhes (1919) e que versa na sua Constituição: "...se alguma nação não adotar condições humanas de trabalho, esta omissão constitui um obstáculo aos esforços de outras nações que desejem melhorar as condições dos trabalhadores em seus próprios países" (OIT, 1919, [s.p]).

No decorrer das décadas, as transformações econômicas e sociais impulsionaram a elaboração de outras medidas e o advento de novas Convenções Internacionais a respeito do tema. Cabe aqui ressaltar a importância do Pacto dos Direitos Sociais e Econômicos, de 1966, assinado no âmbito da ONU e também da Proclamação de Teerã de 1968, que representava uma "atualização" das disposições contidas na Declaração Universal dos Direitos do Homem após decorridos vinte anos de sua assinatura, e que reconhece a inclusão desses direitos em seu art. 13:



Como os direitos humanos e as liberdades fundamentais são indivisíveis, a realização dos direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais resulta impossível. A realização de um progresso duradouro na aplicação dos direitos humanos depende de boas e eficientes políticas internacionais de desenvolvimento econômico e social. (ONU, 1968, [s.p.])

Porém, ainda de forma incipiente, ou seja, sem apontar medidas efetivas para o seu cumprimento. Tais disposições só seriam logradas pela Declaração de Viena de 1963, um documento que nasce no pós-Guerra Fria, onde o mundo não mais se dividia entre dois modelos econômicos e ideológicos adversários. Assim o art. 10 de tal convenção dispõe:

Art. 10: A Conferência Mundial sobre Direitos do Homem reafirma o direito ao desenvolvimento, conforme estabelecido na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, enquanto direito universal e inalienável e parte integrante dos Direitos do homem fundamentais.

Conforme estabelecido na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, a pessoa humana é o sujeito central de desenvolvimento.

Enquanto o desenvolvimento facilita o gozo de todos os Direitos do homem, a falta de desenvolvimento não pode ser invocada para justificar a limitação de direitos do homem internacionalmente reconhecidos.

Os Estados deverão cooperar entre si para assegurar o desenvolvimento e eliminar os entraves que lhe sejam colocados. A comunidade internacional deverá promover uma cooperação internacional efetiva com vista à efetivação do direito ao desenvolvimento e à eliminação de entraves ao desenvolvimento.

O progresso duradouro no cumprimento do direito ao desenvolvimento requer políticas de desenvolvimento efetivas a nível nacional, bem como relações econômicas equitativas e um ambiente econômico favorável a nível internacional. (BRASIL, 1967, [s.p.])

O grande obstáculo para a proteção dos direitos humanos sociais tem sido o subdesenvolvimento. Em países que sofrem com a miséria e a pobreza endêmicas torna-se praticamente impossível o reconhecimento dos direitos sociais. Por essa razão, uma das metas mais importantes da comunidade internacional é a erradicação da pobreza e das epidemias que assolam as nações mais pobres. Em um segundo momento, faz-se necessário o investimento em educação e infraestrutura, para que esses países possam romper com o ciclo de subdesenvolvimento e dependência que se perpetua por séculos. Tais medidas carecem do auxílio das nações mais abastadas do globo, o que nem sempre tem se mostrado muito efetivo na superação do problema.

A desigualdade econômica interna e internacionalmente presente, gera uma massa de excluídos e trabalhadores migrantes que saem dos seus países em busca de melhores condições de vida. Por outro lado, a competição econômica entre Estados e entre as grandes

corporações (empresas transnacionais e multinacionais) gera aberrações sociais, como a exploração do trabalho infantil, o trabalho escravo e o “*dumping social*” (termo que se refere ao deslocamento de empresas para países onde a mão de obra é barata por causa dos baixos encargos sociais resultantes da supressão de direitos sociais) que vitimizam milhares de indivíduos para os quais a oferta de trabalho está atrelada à necessidade de sobrevivência.

O processo de globalização tem acentuado essas diferenças, flexibilizando as relações de trabalho e facilitando a mobilidade da mão de obra e do capital. Por outro lado, facilita o intercâmbio de informação e o transporte, bem como a propagação de valores sociais universais, como a solidariedade, mesmo que advinda das necessidades da grande interdependência econômica existente, hoje, entre os países.



Refleta

Ainda não chegaram os especialistas a uma visão definitiva sobre esse processo, ou seja, se a globalização gera a inclusão ou exclusão dos indivíduos do sistema produtivo global. Porém, certo é que as persistentes desigualdades sociais geram inclusão econômica (de forma por vezes exploratória), mas não a inclusão social. Como relata Milton Santos (2004) em sua obra *Por uma Outra Globalização*:



[...] para a maior parte da humanidade, o processo de globalização acaba tendo, direta ou indiretamente, influência sobre todos os aspectos da existência: a vida econômica, a vida cultural, as relações interpessoais e a própria subjetividade. Ele não se verifica de modo homogêneo, tanto em extensão quanto em profundidade, e o próprio fato de que seja criador de escassez é um dos motivos da impossibilidade da homogeneização. Os indivíduos não são igualmente atingidos por esse fenômeno, cuja difusão encontra obstáculos na diversidade das pessoas e na diversidade dos lugares. Na realidade, a globalização agrava a heterogeneidade, dando-lhe mesmo um caráter ainda mais estrutural [...] uma outra globalização supõe uma mudança radical das condições atuais, de modo que a centralidade de todas as ações seja localizada no homem [...] e não mais no dinheiro.

Refleta sobre o trecho da obra acima, como você analisa criticamente o impacto do processo de globalização sobre os direitos humanos? Ele propicia a proteção pelo fortalecimento da sociedade civil transnacional? Ele reduz ou acentua o processo de desigualdade social? Ele suscita mais conflitos entre culturas, ideologias e concepções diferentes acerca dos direitos humanos, ou promove sua universalização?

De fato, o grande desafio para a afirmação dos Direitos Humanos diante da economia globalizada é preservar os direitos sociais diante dos interesses econômicos predatórios e opressores, garantindo à população o direito à valorização do seu trabalho, como fonte de sobrevivência e também, de dignidade humana. Tal ação, porém, passa pela necessidade de estabelecer uma distribuição de renda mais justa e pela denúncia dos sistemas que perpetuam a pobreza e a exploração do ser humano, transformando regiões depauperadas do globo por meio de uma economia mais solidária, sustentável, humana.

Direitos Humanos e cidadania

Primeiro, vamos esclarecer a diferença entre alguns termos geralmente usados como sinônimos, porém possuem diferenças essenciais do ponto de vista jurídico e político. A Nacionalidade, a qual representa o vínculo jurídico que liga a pessoa ao Estado, estabelecendo uma série de direitos e deveres provenientes do “contrato social” com ele estabelecido. Nesse sentido, existem duas formas de adquirir a nacionalidade de um determinado Estado: a) *Jus Sanguinis*, que a estabelece por meio da descendência. Regime adotado por países como a Itália, Alemanha e Israel, para exemplificar. b) *Jus Solis*, que a concede pelo nascimento ocorrido em território de determinado Estado. Essa última é o regime adotado pelo Brasil (art. 12 da CF/88), Estados Unidos, Canadá, Argentina, apenas para citar alguns exemplos.

Por outro lado, a cidadania implica um vínculo mais profundo com o Estado, de caráter político, estando intimamente ligada com a participação ativa do indivíduo (cidadão) na construção do próprio país. A cidadania é um conjunto de direitos que confere a possibilidade de participar ativamente da vida política e do governo. Assim, a cidadania

implica a convivência em uma ordem democrática, em que o indivíduo se vê integrado ao meio social, goza de participação da vida pública de seu Estado e tem, por ele e pelos demais, sua dignidade respeitada. A cidadania compreende o exercício de direitos e deveres fundamentais, que lhe permitem existir, desenvolver-se e participar plenamente da vida, associando-se às características naturais do ser humano e os meios de que este pode se valer para preservá-la no âmbito da organização social.

Estabelecido o conceito de cidadania, vamos passar a problematizar a questão dos direitos dos cidadãos à luz daqueles que tem sua cidadania suprimida pelas contingências em que se encontram e pela negligência dos Estados ou da comunidade internacional: imigrantes (especialmente indocumentados) e refugiados.

Nossa discussão culmina na afirmação dos Direitos de 4ª Dimensão, direito à paz e à construção de uma cidadania universal. Sua concepção remonta à fonte filosófica dos Direitos Humanos, o Cosmopolitismo. A universalização dos Direitos Humanos é a expressão da sua essência cosmopolita, qual seja o reconhecimento de uma série de direitos atribuídos a qualquer pessoa independentemente de sua nacionalidade.

A aceleração do processo de globalização, evidenciado especialmente a partir da década de 1970, aproximou os indivíduos, relativizou as fronteiras, proporcionou a integração da informação e comunicação por meio do advento de novas tecnologias, propiciou o deslocamento de indivíduos pela evolução dos meios de transporte. Além disso, a população mundial assistiu a emergência de novos temas globais como a preservação ambiental, a internacionalização da mão de obra, o surgimento de epidemias globais e os esforços internacionais de manutenção da paz.

Nesse sentido, a discussão sobre a emergência de uma cidadania global fazia-se cada vez mais necessária. Ao final da Guerra Fria (1947–1989), o mundo tinha a expectativa de uma era de paz e concertação internacional, regida pelas Organizações Internacionais. Um exemplo desse otimismo estava expresso na Declaração e Programa de Ação de Viena Conferência Mundial sobre os Direitos do Homem (1993), ao consagrar a necessidade de estabelecimento de uma cidadania global:

Art. 5º: Todos os direitos humanos são universais, indissociáveis e interdependentes, e estão relacionados entre si. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global e de maneira justa e equitativa, em condições de igualdade e atribuindo a todos o mesmo peso. Há que ser levada em conta a importância das particularidades nacionais e regionais, bem como a importância dos vários patrimônios históricos, culturais e religiosos; contudo, independentemente de seus sistemas políticos, econômicos e culturais, os Estados têm o dever de promover e proteger todos os direitos do homem e as liberdades fundamentais. (ONU, 1993, [s.p])



Porém, tal concepção é de difícil aplicação prática, uma vez que sua efetividade esbarra na soberania dos Estados e nas políticas por eles adotadas a fim de preservar seus interesses de poder e sobrevivência, bem ao estilo hobbesiano. Sendo assim, a possibilidade de afirmação de uma cidadania global obedece a dois pressupostos: a criação de uma rede mundial de solidariedade e uma transformação no seio do próprio Estado, impulsionada por ela.



Pesquise mais

Você sabia que um dos temas veementes hoje em dia no que se refere aos direitos humanos é a sua relação com as empresas. O setor privado domina o cenário econômico internacional e nacional, dele depende o funcionamento da economia, assim como a produção de bens necessários à subsistência, além de, evidentemente, significarem oportunidade de emprego a milhares de pessoas. Contudo, essa relação nem sempre é positiva. Questões como sustentabilidade e o respeito aos direitos trabalhistas são frequentemente pontos a serem criticados na atuação das empresas e que possuem impacto direto na proteção dos direitos humanos. Tendo isso em mente, em 2011, o Conselho de Direitos Humanos da ONU aprovou os Princípios Orientadores de Empresas e Direitos Humanos. São 31 princípios que visam aprimorar a relação entre a atuação do setor privado e a proteção dos direitos humanos. Que tal conhecer esses princípios? Você pode estudar um material interessante sobre o tema por meio deste link: <[http://www.conectas.org/arquivos-site/Conectas_Princ%C3%ADpiosOrientadoresRuggie_mar2012\(1\).pdf](http://www.conectas.org/arquivos-site/Conectas_Princ%C3%ADpiosOrientadoresRuggie_mar2012(1).pdf)>. Acesso em: 14 set. 2017.

Direitos Humanos e democracia

Então, podemos aferir que o exercício da cidadania está intimamente ligado com o de outra característica fundamental do Estado de direito: a democracia. A democracia é essencial à proteção dos direitos humanos, sobretudo por ser a base do Estado democrático de direito, base fundamental para que tais direitos possam ser exercidos e respeitados. A palavra democracia tem origem grega significando (*demos* – todos; *kratos* – governo) “governo de todos”. Dentro dessa concepção, outro elemento importante emerge: a diversidade. Vivemos em uma sociedade plural quanto à etnia, cultura, gênero, orientação sexual, religião e ideologia política. Nesse sentido, respeitar a diversidade é respeitar a diferença, mas em igualdade de direitos.

Outro aspecto importante da democracia é a participação política, ou seja, para que um Estado seja verdadeiramente democrático, é fundamental que os diferentes grupos sociais tenham a oportunidade de manifestar e reivindicar seus direitos. Para isso, o Estado deve fornecer os instrumentos democráticos necessários para isso.



Assimile

Como vimos, a democracia e a participação política “andam de mãos dadas” na construção do Estado democrático de direito. Contudo, você sabia que existem dicotomias importantes no processo democrático do nosso país? Por exemplo, as mulheres são apenas 10% dos nossos congressistas. Para tentar corrigir tal desigualdade, que é extremamente prejudicial para a representatividade dos interesses femininos e da garantia dos direitos femininos, foi inserido § 3º no artigo 10 da Lei das Eleições (Lei nº 9.504/97) pela Lei nº 12.034/09, que impõe aos partidos a obrigatoriedade de 30% no mínimo das candidaturas ser de um dos gêneros.

Para verificar as estatísticas da participação política em nosso país, em comparação com outros países, recomenda-se as informações do site da União Parlamentar Internacional, uma organização que reúne diversos países, inclusive o Brasil, e zela pela democracia em seus Estados-membros. Disponível por meio do link: <<http://www.ipu.org/english/home.htm>>. Acesso em: 14 set. 2017.

Cultura dos Direitos humanos

Para garantir que os direitos humanos sejam respeitados, é fundamental que haja uma consciência ou cultura dos direitos humanos. O Plano Nacional de Direitos Humanos (PNDH III) estabelece em suas diretrizes básicas (nº 18 e 19 especialmente), a necessidade de uma política nacional de educação em direitos humanos para fortalecer a cultura de direitos, por meio do Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos. A educação e cultura em Direitos Humanos devem estar pautadas no respeito à diversidade e na solidariedade, assim como na transdisciplinaridade característica de tais direitos. Assim, forma-se o cidadão sujeito de direitos e cultivam-se os valores da liberdade e igualdade.

Considerando que, infelizmente, vivemos em uma sociedade na qual presenciamos diversos episódios de preconceito e violência, construir uma cultura de direitos humanos é fundamental. Assim como é papel do Estado construir políticas públicas capazes de proporcionar um ambiente de garantia de direitos, que promovam a equidade e a inclusão.

Por outro lado, a cultura e sua expressão também são um direito humano por si. Elas estão previstas, além do dispositivo constitucional, em diversos documentos internacionais ratificados pelo Brasil: no artigo 27 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948); nos artigos 13 e 15 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966); no âmbito interamericano, os direitos culturais estão indicados nos artigos 13 e 14 do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecido como Protocolo de São Salvador (1988). Vale mencionar, também, a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural elaborada pela Unesco, em 2001. A Declaração ressalta a importância do respeito às minorias culturais, tão perseguidas em diversas partes do mundo, assim como a preservação da língua e cultura ancestrais.

Direitos Humanos e formação jurídica

Os direitos humanos devem ser encarados como a matriz central de todo ensino jurídico, uma vez que tais direitos refletem os valores essenciais da sociedade e devem servir como guia para a interpretação das normas. É inegável a expansão de tais direitos, irradiando seus efeitos axiológicos pelos diversos ramos jurídicos. Além disso, a

formação humanística do profissional do direito é fundamental para que este não apenas seja um profissional-cidadão, mas que contribua para a construção de uma sociedade mais justa.

Evidentemente, a jurisdicionalização dos direitos humanos é uma seara de conflitos, assim como seu estudo e ensino. Vivemos em uma sociedade plural, na qual as divergências são inevitáveis, porém podem ser conciliadas por meio do respeito à legalidade e à diversidade. Além disso, possuímos uma dívida histórica com os grupos mais vulneráveis e somos uma democracia ainda em fase de consolidação. Nesse cenário complexo, a reflexão crítica e a formação jurídica alicerçada nos direitos humanos é fundamental. Essa é a preocupação primordial de nossa disciplina.

Então, vamos aplicar o que aprendemos até aqui?

Sem medo de errar

Em nossa situação-problema, você foi instado a se manifestar como juiz de um caso no qual refugiados solicitavam o benefício da prestação continuada. Você deveria produzir uma decisão quanto ao caso, manifestando-se a respeito do reconhecimento ou não do direito. Algumas questões importantes deveriam ser consideradas: a primeira é que a LOAS não estende seus benefícios de assistência social aos estrangeiros residentes no país, apenas aos nacionais. Segundo, os refugiados recebem auxílio público apenas por dois anos, até construírem sua autonomia, porém tal situação seria impossível para alguém que estivesse incapacitado para o trabalho.

Você deveria considerar que a Lei de Assistência, por não garantir a possibilidade de assistência aos estrangeiros, seria inconstitucional, pois contrariaria o direito à igualdade quanto aos direitos fundamentais entre brasileiros e estrangeiros prevista no artigo 5º. Por outro lado, também podemos considerar que a não concessão do benefício contrariaria a garantia de outros direitos fundamentais como à vida e à dignidade, previstos constitucionalmente. Como você já aprendeu, os direitos fundamentais, constitucionalmente previstos sobrepõem-se às Leis infraconstitucionais. Além disso, a Convenção de Genebra sobre o Estatuto dos Refugiados, ratificada pelo Brasil, é um tratado internacional de direitos humanos, considerado materialmente constitucional e, portanto, passível de ser utilizado no controle difuso

de constitucionalidade (artigo 5º, § 2º, da CF/88) e, portanto, seus preceitos se sobrepõem ao da LOAS. Assim, você poderia apontar a inconstitucionalidade da disposição que limita tal benefício e, poderia, então, concedê-lo aos refugiados do caso.

Veja que você deverá produzir uma sentença ao final desta unidade, portanto é importante construir cada passo do conhecimento para que ele possa concretizar-se em seu trabalho final. Essa etapa é fundamental para isso.

Avançando na prática

Direitos sociais

Descrição da situação-problema

Você é membro do Ministério Público Federal e chegou ao seu conhecimento que havia uma imposição ideológica em uma escola pública estadual. As crianças tinham a orientação de estudar apenas o que determinado segmento religioso professado pelos diretores da escola preconizavam. Tal situação levou à supressão de conhecimentos quanto à evolução, diversidade de gênero e também quanto à educação em direitos humanos prevista pelo PNDH III, quanto ao ensino fundamental. A mãe de um dos alunos, que não concordava com essa imposição que não permitia a diversidade de pensamento, procurou o Ministério Público com tal queixa. Qual seria sua atuação no caso? Como você procederia e orientaria a mãe do aluno quanto a esta situação?

Resolução da situação-problema

O caso poderia ensejar ação contra a escola que, em especial por ser pública, deveria garantir os valores do respeito à diversidade cultural e religiosa, além de não impor àqueles que não professavam a mesma crença, tal situação. É essencial à educação em direitos humanos, o respeito à diferença e aos direitos fundamentais de todos. O Estado é o responsável por garantir o acesso à educação de qualidade, com base nas diretrizes do Plano Nacional de Educação.

Faça valer a pena

1. Os Direitos Sociais são direitos que necessitam de uma prestação positiva do Estado para serem assegurados. Eles são fruto das lutas sociais que tiveram lugar no século XIX, em especial, como revolta pela exploração dos trabalhadores, efeito da Revolução Industrial.

Em relação aos direitos sociais e o dever do Estado em garanti-los, assinale a alternativa correta:

- a) O mínimo existencial não deve ser respeitado se o Estado comprovar não ter recursos para tanto.
- b) O conceito da reserva do possível abona o Estado da prestação de direitos sociais, em razão de dificuldades orçamentárias.
- c) A orientação jurisprudencial é a de que o dever de prestação do mínimo existencial pode ser afastado mediante a alegação de reserva do possível.
- d) O Estado não tem o dever de prestar direitos sociais, apenas de garantir que todos possam ter acesso por seus próprios meios.
- e) Os indivíduos não podem solicitar à justiça a prestação dos direitos sociais, pois eles não têm aplicabilidade imediata.

2. A cidadania e a nacionalidade são conceitos diferentes. Contudo, ambas são fundamentais para a garantia de direitos, podendo expressar tanto seu reconhecimento, quanto a supressão de alguns deles. A cidadania é o chamado “direito a ter direitos” como denominava Hannah Arendt. Já a nacionalidade é, muitas vezes, um obstáculo a universalização dos direitos humanos, como defende parte da Doutrina.

No que se refere à relação entre direitos humanos, cidadania e nacionalidade, assinale a alternativa que contenha a afirmação correta:

- a) Os direitos sociais só devem ser garantidos aos nacionais.
- b) A nacionalidade é vínculo jurídico com o Estado e no Brasil se dá a partir do *jus sanguinis*, ou descendência.
- c) A cidadania é o vínculo jurídico e político com o Estado e está expresso na participação nas decisões políticas do país.
- d) Estrangeiros podem votar em nosso país, mas não podem ser votados.
- e) A cidadania é adquirida em nosso país mediante o *jus solis*.

3. Um Estado democrático de direito é aquele no qual há respeito à pluralidade e diversidade. Por essa razão, a proteção dos direitos humanos tem uma clara intersecção com temas como democracia, participação política, cidadania. Sendo que a relação entre todos elementos é essencial para que o exercício efetivo dos direitos humanos se concretize.

No que se refere à relação entre direitos humanos e os diversos temas que são permeados por tais direitos, aponte a afirmação correta:

- a) A cultura é um direito fundamental e reconhecido, porém deve ser exercido como uma liberdade e não é dever do Estado proporcioná-lo.
- b) A participação política é garantida a toda população, independentemente da nacionalidade.
- c) A educação em direitos humanos não é uma prerrogativa do Estado, mas deve ser garantida pela família.
- d) É essencial para a democracia uma participação política ampla, ou seja, que permita a manifestação de diversos grupos sociais.
- e) A formação jurídica em direitos humanos deve seguir uma diretriz estabelecida pelo Estado, de modo a não haver divergências na interpretação das normas.

Seção 4.2

Direitos Humanos e acesso à justiça

Diálogo aberto

Retomando nosso caso discutido nesta unidade, tratamos de uma ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal (MPF), em São Paulo, que pleiteava tal proteção a três refugiados Palestinos Idosos (Ação Civil Pública nº 0023528.28.2010.4.03.6100, distribuída na 10ª Vara Cível da capital), visando o benefício da assistência continuada, haja vista que tais refugiados não podiam prover seu próprio sustento em virtude de questões de saúde. Lembrando que a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) não permite que o benefício seja estendido a estrangeiros.

Diante dessa situação, considerando serem os refugiados estrangeiros, você como juiz do caso deve refletir sobre a competência do Ministério Público para ajuizar o caso: o Ministério Público poderia propor tal ação? Os estrangeiros, de modo geral, podem ter acesso à justiça no Brasil? O Ministério Público Federal, neste caso, a Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão, poderia representar esse grupo de indivíduos?

Lembre-se que, ao final desta unidade você deverá produzir a sentença da referida ação e, portanto, compreender os pontos suscitados acima para construir sua decisão final é de suma importância. Analise a competência do MPF e busque verificar legalmente se ela está adequada.

Agora que você sabe que tem uma tarefa importante pela frente, vamos iniciar nossos estudos nesta seção?

Não pode faltar

Caro aluno, nesta seção vamos estudar um aspecto essencial da proteção dos direitos humanos, que é o acesso à justiça. Afinal, sem a possibilidade de reivindicá-los, como seria possível torná-los efetivos? Infelizmente, são frequentes as violações de tais direitos, tanto por indivíduos, pessoas jurídicas (empresas) ou mesmo pelo Estado. Por essa razão, dispor de instrumentos que garantam aos

indivíduos ter acesso à justiça, tanto nacional quanto internacional, é fundamental para garantir tais direitos. Além disso, o acesso à justiça é uma expressão indelével do exercício da cidadania, “o direito a ter direitos”, como bem observou a filósofa Hannah Arendt.

Dessa forma, podemos observar que o acesso à justiça é pedra fundamental do Estado democrático de Direito, ou seja, é elemento essencial da democracia que os indivíduos possam ter asseguradas suas garantias judiciais.

Então, quais são elas? Lembre-se que já estudamos que a nossa Constituição Federal estabelece o direito de ação (art. 5º, XXXV “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito), no direito de petição; direito de certidão; direito de defesa. Também, é importante mencionar o Princípio do Juiz Natural, incluído na CF no seu art. 5º, inciso XXXVII que determina que “não haverá juízo ou tribunal de exceção” e no inciso LIII que diz que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (BRASIL, 1988, [s.p]). Somam-se como garantia de justiça ao cidadão, a exigência de motivação das decisões judiciais; o Princípio da Publicidade; do Duplo Grau de Jurisdição; Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa e da Inadmissibilidade da Prova Ilícita.

Outro aspecto fundamental é a questão da morosidade da justiça, como um obstáculo a este direito. A EC 45/2004, relaciona a celeridade processual como um direito fundamental para a efetividade da justiça, segundo critérios de razoabilidade.

Importante mencionar que o acesso à justiça é garantido a todos aqueles que estejam sob a jurisdição brasileira, sejam eles estrangeiros ou brasileiros (natos e naturalizados). Assim, como todos os direitos humanos, o acesso à justiça também possui caráter universal e não deve ser limitado pela nacionalidade. Veja que, além da garantia da igualdade constitucionalmente prevista, a nova Lei de Migração (Lei nº 13.445, de 2017) também prevê em seu artigo 4º, IX – “amplo acesso à justiça e à assistência jurídica integral gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. (BRASIL, 2017, [s.p.]).



É importante você conhecer um célebre caso que marcou a defesa judicial e constitucional dos direitos fundamentais e que é sempre mencionado como referência pelos constitucionalistas como exemplo de judicialização dos direitos fundamentais. Aconteceu nos Estados Unidos, o Caso Marbury vs. Madison. A questão teve início quando o então presidente John Adams nomeou diversos de seus correligionários do partido federalista como juizes federais, entre os quais se encontrava Willian Marbury. O próprio Marshall, secretário de Estado de Adams, havia sido nomeado com a aprovação do senado, Chief Justice da Suprema Corte, algum tempo antes. O título de nomeação de Marbury não lhe foi entregue a tempo, sendo sua nomeação suspensa por determinação do novo presidente Thomas Jefferson, que havia derrotado Adams, ao seu secretário de Estado James Madison. Contrariado, Marbury impetrou contra Madison uma nova ação, “writ of mandamus”, com o objetivo de alcançar a nomeação. A decisão da Suprema Corte foi a seguinte: Jefferson não tinha direito de negar posse a Marbury, porém o writ of mandamus não poderia ser concedido, porque a competência que lhe havia sido atribuída pela seção 13 do Judicial act de 1789, era contrária à Constituição, na medida que alargava as competências originais da Suprema Corte. A corte não poderia utilizar-se de uma atribuição ainda que conferida pelo parlamento, incompatível com a Constituição (de acordo com a Constituição Americana de 1787 as competências originárias da suprema corte são restritas e poderiam ser aumentadas somente por emenda à CF). Com isso, a Suprema Corte decidiu que o texto da Constituição Federal é superior a qualquer outro dispositivo legal, mesmo que estes tenham sido criados pelo legislador federal. Surge assim o que hoje se chama de sistema difuso de controle da constitucionalidade das leis.

No plano internacional, a Convenção Americana de Direitos Humanos determina em seu artigo 8 que:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969, [s.p.]



A Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, também estabelece o acesso à justiça e o devido processo legal como direitos humanos em seus artigos:



Artigo 10º: Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida.

Artigo 11º: 1. Toda a pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas. 2. Ninguém será condenado por ações ou omissões que, no momento da sua prática, não constituíam ato delituoso à face do direito interno ou internacional. Do mesmo modo, não será infligida pena mais grave do que a que era aplicável no momento em que o ato delituoso foi cometido.

Tais previsões demonstram que o acesso à justiça é algo que pode ser reivindicado internacionalmente, uma vez que é responsabilidade do Estado garanti-lo aos indivíduos que estão sob sua jurisdição.



Exemplificando

Para conhecermos um pouco sobre o acesso à justiça no Sistema Interamericano, vale mencionar o famoso caso “Barrios Altos v. Peru” (sentença proferida em 2001). O caso se refere ao Massacre de Barrios Altos promovido pelas forças militares peruanas. Não houve investigação do caso e nenhuma sanção aos responsáveis, obstaculizando o acesso das vítimas à verdade e à justiça. A Corte Interamericana decidiu que a Lei de Anistia em vigor no Peru, violava a Convenção Americana de Direitos Humanos, em especial os artigos 8 e 25 referentes ao direito à verdade e às garantias judiciais, ou acesso à justiça em sentido mais amplo.

O acesso à justiça é uma das conquistas do Estado Liberal, associado essencialmente às liberdades públicas, aquelas que são oponíveis ao Estado. Assim, conforme os indivíduos foram conquistando direitos relacionados às liberdades individuais, deveria haver também uma

forma de garanti-los contra os desmandos do Estado Absolutista em decadência. Estamos nos referindo, sobretudo, ao século XVII, no qual podemos apontar o *Bill of Rights* do Direito Inglês, de 1689, que veio consolidar o instituto medieval do *right of petition* (ou direito de petição).

Contudo, conforme os séculos trouxeram outro contexto político e econômico, em especial uma mudança significativa das relações de trabalho impostas pela Revolução Industrial (a partir do século XVIII), o acesso à justiça também assumiu outro caráter, o de reivindicação de direitos, em especial os direitos sociais, aqueles que demandam uma prestação positiva do Estado. A luta pela consolidação dos direitos trabalhistas também implicava na busca pela garantia de tais direitos pelas vias judiciais. Assim, na medida em que os direitos sociais se consolidaram nas Constituições dos Estados, isso também possibilitou que estes direitos pudessem ser judicializados.

E qual o significado do acesso à justiça na atualidade? Qual sua importância? Sem dúvida esse é um direito essencial, porém ameaçado pela burocracia, morosidade, e ineficiência do Estado, especialmente em nosso país. O volume de processos e a falta de reformas legais significativas que possibilitem uma resposta célere do Estado quanto à garantia de direitos, também são fato alarmante. É sabida a crítica ao nosso sistema processual, quanto à sua infinidade de recursos, que podem fazer com que uma resposta possa ser adiada indefinidamente ou até a prescrição que frustra as pretensões de uma das partes.

Também, existe uma relação intrínseca entre a desigualdade social e o acesso à justiça ou à falta dele. Evidentemente, a garantia constitucional da Defensoria Pública é um elemento importante para promover o acesso à justiça da população menos favorecida. Contudo, prova não ser o suficiente diante da demanda por assistência judiciária.

Por outro lado, observamos a tendência crescente de judicialização dos direitos humanos, tanto em âmbito nacional quanto internacional. Em nosso país, é um fenômeno crescente de judicialização de políticas públicas como uma forma de suprir o vácuo deixado pela falta de iniciativa do Estado, sobretudo quanto aos direitos sociais.



A Fundação Getúlio Vargas (FGV) produziu relatórios temáticos sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal: “Supremo em Números”. Os relatórios são importantes para acompanharmos o trabalho da Corte Suprema e, principalmente, o acesso à justiça. Para visualizar e analisar os relatórios, verifique: <<http://www.fgv.br/supremoemnumeros/publicacoes.html>> Acesso em: 14 set. 2017.

O Ministério da Justiça também disponibiliza o “Atlas do Acesso à Justiça”, uma ferramenta importante, que auxilia o cidadão a saber como e onde buscar os órgãos jurisdicionais para salvaguardar seus direitos fundamentais. A ferramenta está disponível em: <<http://www.acessoajustica.gov.br/>> Acesso em: 14 set. 2017.

Vamos compreender agora como se dá o acesso à justiça de maneira coletiva, ou seja, quanto a direitos de que atingem um conjunto de pessoas ou mesmo toda a sociedade. Você deve lembrar, conforme estudamos, que os direitos humanos não são apenas de caráter individual e, portanto, eles também podem ser representados coletivamente. Conforme estudamos, tratam-se dos direitos de terceira dimensão, também chamados de direitos difusos ou coletivos. Vimos que os direitos difusos são aqueles que possuem titularidade indeterminada, pois transcendem o interesse individual. Enquanto que os direitos coletivos *stricto sensu* são aqueles que pertencem a um grupo determinado de indivíduos. Existe, também, outra categoria de direitos que deve ser mencionada: a dos direitos individuais homogêneos. Esses direitos são aqueles direitos subjetivos que possuem titulares diversos, mas que têm uma origem ou causa jurídica/fática comum, o que torna possível (e até recomendável) sua tutela jurisdicional conjunta. Nesse caso temos interesses individuais, porém homogêneos em jogo.

Dessa forma, conforme observamos, essas categorias de direitos permitem que estes possam ser reivindicados coletivamente, seja pela origem fática comum, pela titularidade compartilhada, seja por tratar-se de interesses que atingem a sociedade como um todo. A legislação pátria permite que essa possibilidade se dê de forma coletiva. Confere-se a essa possibilidade a denominação de acesso metaindividual de acesso à justiça, que fornece instrumentos para a tutela coletiva de

direitos. Alguns desses instrumentos, já estudados anteriormente, são a Ação Popular, o Mandado de Segurança Coletivo, e também a Ação Civil Pública (de competência do Ministério Público Federal). Além destes, algumas legislações específicas devem ser mencionadas, como o Código de Defesa do Consumidor; a Lei de Improbidade Administrativa; a Legislação Trabalhista; o Direito da Criança e do Adolescente; o Estatuto do Idoso e o Estatuto da Cidade. Todas essas Legislações específicas ensejam a tutela coletiva de direitos e são um instrumento inequívoco da cidadania.



Refleta

Segundo o que leciona Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 11) em sua obra seminal:

Embora o acesso efetivo à justiça venha sendo crescentemente aceito como um direito social básico nas modernas sociedades, o conceito de “efetividade” é, por si só, algo vago. A efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa “igualdade de armas” - a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos. Essa perfeita igualdade, naturalmente, é utópica. As diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas. A questão é saber até onde avançar na direção do objetivo utópico e a que custo.

Quando observamos os índices de acesso à justiça, os casos de pessoas detidas injustamente por falta de assistência judiciária, ou mesmo sequer tendo a informação sobre o direito de acesso à justiça, vemos que a violação deste direito compromete os demais direitos fundamentais. Como você avalia as causas e obstáculos do acesso à justiça em nosso país? É importante que você, como aluno de direito e como cidadão reflita sobre essa questão e sobre como esse fator pode ser melhorado, além de como você, futuro profissional do Direito, pode contribuir para que essa situação possa melhorar.

No âmbito internacional, estudamos diversos mecanismos de proteção dos direitos humanos, sejam eles globais ou regionais. Vimos, também, que eles podem ser políticos ou judiciais. Este último refere-se às Cortes Internacionais de Direitos Humanos. No caso brasileiro, destaca-se a Corte Interamericana de Direitos Humanos, jurisdição a qual o Brasil se submete. Porém, vale rememorar que essa possibilidade de tutela internacional dos direitos humanos, só foi possível com o reconhecimento do indivíduo como sujeito titular de direitos e deveres no âmbito internacional, consagrado na Declaração Universal de Direitos Humanos.

Contudo, é importante lembrar que tais tribunais possuem uma jurisdição complementar a dos Estados. Como bem observa o Professor Antônio Augusto Cançado Trindade (que já foi juiz da Corte Interamericana e hoje atua na Corte Internacional de Justiça), os próprios tribunais internacionais têm procurado favorecer o acesso dos indivíduos às justiças nacionais, cobrando dos Estados a responsabilidade de oferecer os meios para que este acesso seja garantido. O Professor sustenta que, apesar de os indivíduos não terem acesso direto aos tribunais de direitos humanos (com exceção da Corte Europeia de Direitos Humanos) eles são reconhecidos como verdadeiros sujeitos de direitos e de capacidade jurídica para atuar (*legitimatio ad causam*) no plano internacional (*locus standi in judicio e jus standi*), tornando-se ativos na reivindicação de seus direitos e não simples objetos de proteção, sendo a verdadeira parte demandante perante os Tribunais Internacionais de Direitos Humanos. O Professor complementa que a jurisdição obrigatória dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos é um complemento indispensável ao direito de petição internacional, concebido como a emancipação do indivíduo frente ao Estado (TRINDADE, 2013).

Assim, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, consolida-se como um elemento importante de afirmação da universalidade destes direitos, inclusive no que se refere ao acesso à justiça, tanto na previsão dos compromissos internacionais que garantem tais direitos, quanto à responsabilidade dos Estados em garantir que a justiça nacional respeite tais direitos.

Agora, vamos aplicar o que aprendemos?

Veja, no contexto apresentado, você é Juiz de uma ação proposta pelo Procurador Regional dos Direitos do Cidadão do Estado de São Paulo, que trata da situação de refugiados que, em razão de problemas de saúde, não conseguem prover seu próprio sustento. Findo o auxílio de dois anos que o Estado provê aos refugiados em geral, até se estabelecerem e terem condições de ter uma vida autônoma, não resta a eles outra fonte de recursos, além disso, encontram-se impossibilitados de buscar seu sustento de forma autônoma em razão de questões de saúde. Caso tais indivíduos fossem brasileiros, teriam acesso à assistência social e à previdência. Contudo, a LOAS proíbe expressamente que estrangeiros gozem de tal benefício. Por essa razão, o PRDC interpôs ação para a proteção dos direitos humanos de tais pessoas. E você, como juiz do caso, deveria analisar a competência do PRDC para tanto.

Primeiro, você pode constatar que tais direitos sociais requerem uma prestação do Estado e por serem direitos humanos fundamentais previstos constitucionalmente lhes devem ser garantidos.

Cabe ao PRDC impetrar ação que vise garantir tais direitos a esses indivíduos, pois trata da garantia de direitos humanos, que podem beneficiar muitas pessoas na mesma situação.

Porém, cabe refletir como você irá fundamentar sua posição e verificar se o MPF tem a competência para contestar a previsão da LOAS. A ação civil pública é um dos instrumentos constitucionalmente disponíveis ao Ministério Público Federal, na defesa dos direitos fundamentais. Ressalta-se que tais indivíduos não são nacionais, mas isso não é um óbice para a representação do Ministério Público, pois além de estarmos tratando de direitos fundamentais pautados na igualdade consagrada no artigo 5º de nossa Constituição Federal, está também disciplinado em documentos internacionais alicerçados na universalidade de tais direitos. Assim, seja na defesa da Constituição, seja na defesa dos direitos humanos previstos nos Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil.

Lembre-se que na última seção dessa unidade você deverá elaborar uma sentença para entrega, certo?

Tutela Coletiva de Direitos

Descrição da situação-problema

Um pequeno município do interior do Brasil foi subitamente assolado por uma tragédia ambiental. Uma empresa mineradora, por negligência e imperícia, acabou causando imenso desastre ambiental na comunidade local afetando dezenas de famílias, destruindo sua fonte de subsistência e afetando o ambiente local. Você é membro do Ministério Público local e foi procurado pelas famílias afetadas, que buscam justiça. Como você procederia no caso em questão? Como orientaria as famílias e quais medidas você deve tomar para garantir os direitos dessas pessoas? Quais são as medidas cabíveis e quais direitos devem ser salvaguardados?

Resolução da situação-problema

Você, como membro do Ministério Público, deveria apurar a responsabilidade da empresa envolvida e reunir provas para comprovar o nexo de responsabilidade. Posteriormente, deveria ingressar com ação, denunciando a empresa por crime ambiental e requisitando indenização das famílias vitimadas pelo episódio e a eventual reconstrução, restauração e saneamento ambiental do local. O direito ao meio ambiente sadio, direito à vida e subsistência e à proteção da dignidade da pessoa humana são os direitos que devem ser invocados quanto ao caso. Nesse caso, estamos diante da tutela coletiva de direitos, ou seja, diante de um caso em que uma coletividade foi afetada. Especificamente, estamos falando de direitos individuais homogêneos, nos quais a titularidade é compartilhada a partir de uma origem fática comum.

Faça valer a pena

1. O acesso à justiça é fundamental para a proteção dos direitos fundamentais, seja quando é necessário reivindicá-lo do Estado ou de particulares. Por outro lado, o acesso à justiça é em si um direito fundamental constitucional e internacionalmente reconhecido.

No que se refere ao acesso à justiça, aponte a alternativa que expressa a afirmação correta:

- a) Existe disposição expressa proibindo a morosidade do judiciário como violação do acesso à justiça na Constituição.
- b) O duplo grau de jurisdição não é uma necessidade quanto ao acesso à justiça, pois depende o caso.
- c) A Constituição prevê a possibilidade de juízo de exceção.
- d) A garantia do acesso à justiça é exclusiva dos nacionais.
- e) A celeridade processual é um direito fundamental.

2. O acesso à justiça é um direito consagrado tanto nos diplomas nacionais quanto internacionais, sendo um elemento essencial ao Estado democrático de Direito. A própria Convenção Americana de Direitos Humanos o consagra em seus artigos 8 e 25, tornando uma responsabilidade do Estado garanti-lo aos seus cidadãos.

No que se refere ao direito ao acesso à justiça e sua previsão legal, assinale a alternativa correta:

- a) Podemos dizer que a judicialização significa uma das facetas do acesso à justiça como uma forma de buscar o judiciário para a satisfação de direitos que deveriam ser garantidos pelo Estado.
- b) Podemos dizer que o direito ao acesso à justiça é uma invenção do Estado contemporâneo e só foi possível no pós-Guerra.
- c) O acesso à justiça é apenas individual, já que os direitos humanos devem assim ser considerados.
- d) Os indivíduos não possuem *jus standi* no Direito Internacional, pois trata-se de um Direito relativo à soberania dos Estados.
- e) Os indivíduos só possuem capacidade para atuar no processo internacional com a autorização de seu Estado de origem.

3. O acesso à justiça foi uma conquista do Estado Liberal. Com o advento das lutas sociais, passou também a ser uma forma de garantir direitos. Na contemporaneidade, é a internacionalização do acesso à justiça a principal característica deste direito em nosso tempo.

No que se refere ao direito de acesso à justiça, tanto em âmbito nacional quanto internacional, aponte a afirmação correta:

- a) Os indivíduos não têm *locus standi* no Direito internacional, isso se deve ao fato de eles não serem reconhecidos como sujeitos plenos de Direito Internacional.
- b) Os direitos difusos não podem ser objeto da tutela coletiva, pois não possuem titularidade definida.
- c) A judicialização de políticas públicas é proibida pela Constituição, pois é uma inversão da competência dos poderes.
- d) Os direitos coletivos *stricto sensu* referem-se aos direitos relacionados a uma coletividade determinada, como o direito do consumidor.
- e) A justiça internacional é superior à justiça nacional, possibilitando o acesso à justiça de indivíduos quando o Estado não provê.

Seção 4.3

Temas diversos de Direitos Humanos

Diálogo aberto

Veja, novamente retomamos nosso caso de análise. O Ministério Público Federal, em São Paulo, a propor uma ação civil pública que pleiteava tal proteção a três refugiados Palestinos Idosos (Ação Civil Pública nº 0023528.28.2010.4.03.6100, distribuída na 10ª Vara Cível da capital). Tal ação foi indeferida, negando o benefício aos refugiados. Contudo, tal discussão não avançou às instâncias superiores, ou seja, a questão não está pacificada e já houve outros casos semelhantes com decisões diferentes.

Imagine que você é juiz de caso semelhante e precisa proferir sua decisão a respeito, ou seja, você está diante de um pedido de extensão do benefício da proteção continuada a pessoas que não são nacionais brasileiros, especificamente refugiados que buscaram abrigo em nosso país. O prazo de auxílio concedido pelo Estado Brasileiro e determinado pela Lei nº 9.474 já expirou. Porém essas pessoas não têm condições de prover seu próprio sustento por causa de problemas de saúde. Neste ponto de sua análise, você deve considerar a responsabilidade do Estado quanto ao auxílio dos refugiados, ou seja, o Brasil pode ser responsabilizado internacionalmente por não conferir tal proteção? Então, você, como juiz do caso, considera que o Estado brasileiro pode ser responsabilizado, caso não conceda tal benefício ou proteção a esse refugiado? Os refugiados devem ser incluídos nas políticas públicas do Estado? Em quais princípios de direitos humanos você sustentaria tal possibilidade?

Para realizar tal análise você deverá conhecer as normas nacionais e internacionais às quais o Brasil se compromete no que se refere ao Direito Internacional dos Refugiados, assim como compreender também como o Estado deve se comportar diante dessa solicitação, que envolve direitos humanos de indivíduos que não são seus nacionais.

Lembre-se que, ao final desta seção, você deve proferir a sentença analisando o caso e posicionando-se sobre a possibilidade ou não de concessão do benefício aos refugiados. Portanto, tal

consideração também é importante para a construção de sua decisão final. Sendo assim, tais argumentos devem ser abordados neste momento do seu trabalho para que você possa construir a fundamentação legal de sua sentença.

Mas, antes, para que você tenha o conhecimento necessário para tal tarefa, vamos estudar alguns pontos importantes!

Não pode faltar

Caro aluno, vamos estudar nesta seção alguns temas importantes no que tange os direitos humanos. Mas, antes, vamos lembrar que a nossa Constituição não é estanque quanto às previsões dos direitos fundamentais, permitindo que outros sejam acrescentados ao rol já positivado. Assim, temos os chamados “Novos Direitos” reconhecidos como fundamentais pelo nosso ordenamento jurídico. Norberto Bobbio já os identificava desde a década de 1980 e sustentava que eles materializavam as novas demandas da sociedade. Eles surgem da necessidade de atender não apenas a uma evolução dos costumes, mas também à necessidade de regulamentação advinda da ampliação do dever de tutela do Estado. A preocupação dos juristas hoje é sistematizar seu estudo a fim de manter a ciência jurídica atualizada e efetiva.

A chamada **cláusula de abertura ou da não tipicidade dos direitos fundamentais** é uma prerrogativa legal, que permite a inclusão de novos direitos fundamentais correlacionados aos já elencados no texto constitucional. Essa inclusão, tema de debate doutrinário e jurisprudencial, já esteve presente em outras Constituições Brasileiras: a Constituição Republicana de 1891 previa em seu artigo 78 que “a especificação das garantias e direitos expressos na Constituição, não excluíam outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna.” (BRASIL, 1891, [s.p.]). Este artigo é ou teria sido o primeiro estabelecimento de uma cláusula de abertura dos direitos fundamentais no direito pátrio. Mais tarde, a Constituição de 1934, além de renovar a previsão dos direitos fundamentais (art. 113), adotava a cláusula de abertura em seu artigo 114, que ampliava o rol de direitos fundamentais dizendo “os direitos e garantias expressas nesta Constituição não excluem outros resultantes do regime e dos princípios que ela adota.” (BRASIL, 1934, [s.p.]) A posterior Constituição

de 1937, possuía tal cláusula, porém além de permitir a ampliação do rol dos direitos fundamentais previstos, ela impunha limites a essa ampliação, estabelecendo critérios para que ela ocorresse, tal como consta no artigo 123 desta Constituição: "A especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclui outras garantias e direitos, resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição. O uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição." (BRASIL, 1937, [s.p.]). Cabe mencionar, também, as Constituições de 1946 (art. 144) e de 1967 (art. 150, § 36), as quais também faziam alusão a cláusulas de abertura iguais a determinar a possibilidade de ampliação dos direitos e garantias fundamentais decorrentes do regime e dos princípios constitucionalmente aceitos.

A Cláusula de Abertura da atual Constituição Federal, que possibilita a inclusão de novos direitos para além daqueles já positivados, encontra-se no art. 5º, § 2º da CF/88, o qual dispõe: "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." (BRASIL, 1988, [s.p.]). A inovação trazida pela Constituição atual é a possibilidade de inclusão de novos direitos advindos do Direito Internacional, por meio de tratados com os quais o Brasil tenha porventura se comprometido. Essa possibilidade expressa a influência das relações internacionais no direito interno, de acordo com o previsto art. 4º da CF de 1988. De fato, a presença da cláusula de abertura permite que novos direitos sejam incorporados ao rol dos direitos fundamentais, porém o grande desafio é encontrar o limite para esse "alargamento" das previsões acerca desses direitos.

Em razão disso, alguns eminentes juristas tentaram estabelecer parâmetros ou critérios para a inclusão desses novos direitos. Primeiro, faz-se necessário distinguir entre direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material. Os primeiros tratam das posições constitucionais que consagram direitos aos indivíduos, positivados no texto constitucional, porém submetidos aos limites formais constantes do art. 60 da CF. Já os direitos fundamentais em sentido material são aqueles que mantêm harmonia (ou semelhança, tendência) com o conteúdo dos direitos fundamentais positivados

na constituição. Para julgar essa semelhança material, a doutrina utiliza, em geral, como critérios: a correspondência com os princípios e direitos expressos na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, principal documento universal sobre o tema; ou a relação com o Princípio da Dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF/88), que se configura como a base de todos os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados. Sendo assim, respeitando-se obviamente as especificidades do caso concreto, pode-se considerar tal princípio como norteador da relação material/substancial de novos direitos àqueles já consagrados pela nossa constituição.



Assimile

Veja, o eminente constitucionalista Joaquim José Gomes Canotilho estabelece cinco critérios que podem ser utilizados como parâmetros para a inclusão de novos direitos.

a) Critério da Fundamentalidade Material: que se refere à Cláusula de Abertura da Constituição (ou norma de *fattispecie* aberta, como prefere o autor), a qual possibilita a abertura a novos direitos materialmente constitucionais, porém não positivados e que, segundo o autor possibilitaria maior pluralidade ao sistema constitucional.

b) Critério do radical subjetivo: os direitos fundamentais são liberdades e garantias inerentes ao indivíduo, pessoais. Esse critério, todavia, é criticado pelo próprio autor quando reconhece que os direitos fundamentais se aplicam à coletividade e podem estender-se às pessoas jurídicas, segundo sua função.

c) Critério da natureza defensiva ou negativa: os direitos fundamentais seriam aquelas garantias de liberdade do indivíduo interpostos contra o Estado, as chamadas liberdades. Porém, esse critério também é falho na medida em que não contempla dos direitos de prestação positiva do Estado, os chamados direitos de Segunda Dimensão.

d) Critério da determinabilidade constitucional do conteúdo: esse critério postula que os direitos fundamentais possuem conteúdo determinável constitucionalmente e, portanto, possuem densidade normativa suficiente para possuírem aplicabilidade direta, não necessitando de legislação ordinária para lhe conferir efetividade. Esse parâmetro encontra problemas em relação aos direitos que necessitam da atuação do legislativo para se consolidarem.

e) Critério da aproximação tendencial dos traços distintivos de direitos: sendo que existe dificuldade de estabelecer um critério material para determinar esses direitos fundamentais, então seria mais adequado buscar respaldo nos critérios formais como a aplicabilidade direta, a determinabilidade constitucional do conteúdo e a exequibilidade autônoma (*Self executing norms*: independem da ação concretizadora dos poderes públicos para que sejam requeridas, executadas, pois têm esse caráter por prerrogativa própria), para incluir determinados direitos nesse rol (CANOTILHO, 2003).

Esse critério bastante técnico auxilia a definir quais direitos podem ser incluídos no rol de direitos fundamentais, evitando um alargamento excessivo de tais previsões. Contudo, a inevitável expansão dos direitos humanos e sua interseção com diversos ramos do direito, torna esta limitação questionável.

Percebemos, assim, que é possível acrescentar novos direitos ao rol já previsto em nossa Constituição, seja por leis posteriores que tratam de temas específicos, seja pela incorporação de novos direitos a partir de compromissos assumidos pelo país a partir da incorporação de Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Vamos agora analisar um exemplo desses novos direitos, que é a **concessão de refúgio e de asilo político no Brasil**. Após os horrores da Segunda Guerra que provocaram o deslocamento forçado de milhares de pessoas, houve a necessidade de criar meios jurídicos e institucionais para proteger indivíduos que foram obrigados a deixar seu local de origem e se encontravam em situação de grande vulnerabilidade. Assim, a comunidade internacional cria a Organização Internacional para Refugiados, posteriormente substituída pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), criado pela Assembleia Geral da ONU, em 14 de dezembro de 1950 para proteger e assistir as vítimas de perseguição, da violência e da intolerância. Desde então, já ajudou mais de 50 milhões de pessoas e ganhou por duas vezes o Prêmio Nobel da Paz (1954 e 1981). Hoje, é uma das principais agências humanitárias do mundo.

Posteriormente, é elaborado o principal documento para a proteção desses indivíduos: a Convenção de Genebra sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, a qual estabelece que:



um refugiado ou uma refugiada é toda pessoa que por causa de fundados temores de perseguição devido à sua raça, religião, nacionalidade, associação a determinado grupo social ou opinião política, encontra-se fora de seu país de origem e que, por causa dos ditos temores, não pode ou não quer regressar ao mesmo. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1951, [s.p.])



Vocabulário

Importante mencionar que existem outras categorias a que chamamos de migrações ou deslocamentos forçados, mas que não são considerados refugiados. São elas:

a) migrantes econômicos, aqueles que se deslocam a outros países em busca de melhores condições de vida;

b) migrantes ambientais, aqueles que são forçados a se deslocar em razão de catástrofes ambientais ou em função das mudanças climáticas. A Organização das Nações Unidas para as Migrações (OIM) considera-os migrantes ambientais. Já o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) considera que são “refugiados ambientais”. Contudo, a definição não é reconhecida pelo ACNUR;

c) os deslocados internos: pessoas que são forçadas a deixar suas casas, porém não conseguem ultrapassar a fronteira de seus países. Somente a União Africana possui um documento específico para a proteção dessas pessoas, a Convenção de Kampala de 2009;

d) as vítimas de tráfico de pessoas, em geral aliciadas por traficantes para exploração sexual ou de mão de obra. Sua proteção encontra-se no Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Protocolo de Palermo) Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, de 2000;

e) os apátridas, pessoas privadas de sua nacionalidade, que trataremos a seguir.

Saiba que, a princípio, a Convenção possuía uma limitação temporal e geográfica, ou seja, ela era aplicada apenas aos refugiados europeus por ocasião da Segunda Guerra Mundial. Todavia, o Protocolo Adicional à Convenção, de 1967, retirou tal limitação e agora ela é aplicada a qualquer pessoa que se enquadre na definição de refugiado, em qualquer tempo e lugar.

É importante destacar que o refúgio é um direito humano, e não uma prerrogativa do Estado, ou seja, o refúgio é um ato declaratório por parte do Estado, e não constitutivo. Uma vez solicitado refúgio, o Estado tem o dever de apreciar o pedido, permitindo a entrada e permanência do solicitante em território nacional, até que seu pedido seja deferido ou não. Assim, percebe-se que o refugiado é o único migrante que possui “direito de ingresso” no Estado em que solicitar abrigo, mesmo que o faça em situação irregular ou que não disponha de nenhum documento.

Uma vez reconhecido o status de refugiado ao solicitante, ele recebe proteção e amparo material do Estado que o acolhe até que seja possível e seguro retornar à sua terra natal. É importante ressaltar que o refugiado não está sujeito à extradição e nem à reciprocidade. Isso se deve ao **Princípio do *non-refoulement* (não devolução)**, ou seja, o refugiado não pode ser devolvido ao país de origem antes que cesse toda ameaça que pesava sobre ele e que seja totalmente seguro e conveniente propiciar o seu retorno. Isso vale também para o solicitante de refúgio que não pode ser devolvido até seu pedido ser apreciado.

Você sabia que o Brasil vem se convertendo em um país receptor de refugiados nas últimas décadas, vindos em geral da África, América Latina e Oriente Médio? Segundo dados recentes do ACNUR, temos perto de 10 mil refugiados reconhecidos em nosso país e em torno de 30 mil solicitações aguardando para serem apreciadas (ONU, 2017). Além disso, nosso país possui sua própria legislação sobre o tema: a Lei nº 9.474/1997 (o Estatuto dos Refugiados), que é considerada uma das mais amplas e avançadas do mundo. A lei amplia a definição clássica de refugiado para além da definição clássica prevista na Convenção de 1951, acrescentando que é considerado refugiado aquele que é forçado a deixar seu país em razão de “grave e generalizada violação de direitos humanos”. Essa definição foi incorporada por influência da Declaração de Cartagena de 1984.

No país, a solicitação de refúgio é feita perante a Polícia Federal e autoridade migratória. Comparecer à Caritas Arquidiocesana para identificação. Entrevista por membros do Comitê Nacional para Refugiados (CONARE), informando o processo e submetendo à apreciação deste último, para conceder ou não o pedido. O parecer emitido pelo CONARE não é definitivo, na concessão do refúgio, uma vez que a decisão final, em grau de recurso, é do Ministro da Justiça.

É importante ressaltar, que não será concedida a proteção às pessoas que atualmente recebem proteção ou assistência de um órgão ou organismo das Nações Unidas diferente do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, enquanto estejam recebendo tal proteção ou assistência; nem àqueles a quem as autoridades competentes do país onde tenham fixado sua residência reconheçam os direitos e obrigações inerentes à posse da nacionalidade de tal país; e também às pessoas que tenham cometido um delito contra a paz, um delito de guerra, um delito contra a humanidade, ou que tenham cometido um delito grave de índole política fora do país de sua residência, antes de sua admissão em tal país; ou que sejam culpados de atos contrários aos propósitos e princípios das Nações Unidas.

Outro instituto de proteção à pessoa é o “**asilo**”, o qual também pode ser concedido discricionariamente pelo Estado receptor, mediante solicitação do indivíduo. Segundo o art. 14 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948:



Toda a pessoa sujeita à perseguição, tem o direito de procurar e de beneficiar de asilo em outros países. Este direito não pode, porém, ser invocado no caso de processo realmente existente por crime de direito comum ou por atividades contrárias aos fins e aos princípios das Nações Unidas. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948, [s.p.])

No Brasil, a concessão de asilo é um dos princípios que regem as relações internacionais do Brasil, previstos no art. 4º da CF/88. Na América Latina, está previsto no Tratado de Montevideo (1889), na Convenção de 1928, de Havana, na Convenção de Montevideo de 1939 e na Convenção de Caracas de 1954.

Existem três modalidades de asilo: o territorial (concedido em território do país solicitado, o diplomático (concedido em embaixadas)

e o político, conferido especialmente aos indivíduos vítimas de perseguição política, geralmente acusados por crimes de opinião. Da mesma forma que aquele que recebe o status de refugiado, os asilados não podem ser extraditados enquanto gozarem de tal proteção.

Outro caso de deslocamento forçado que possui normas de proteção pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos é a situação dos apátridas. A apatridia é a situação de pessoa que não é considerada nacional por nenhum Estado, seja de fato, seja de direito (em razão de uma lacuna na legislação). Portanto, não tem os direitos que cabem àqueles que detêm a cidadania de determinado país. Existem dois documentos importantes que se referem à proteção dos apátridas: a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, de 1954 e a Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia de 1961, ambas ratificadas pelo Brasil.

É importante mencionar que, da mesma forma que em caso de concessão de refúgio e asilo, uma vez sobre a proteção do status de apátrida, o indivíduo não está sujeito à extradição, nem à reciprocidade, a não ser que perca esta prerrogativa por ter cometido ato que enseje à autoridade estatal retirar-lhe o direito.



Exemplificando

Você deve ter ouvido falar de um notório caso de Extradição: "o Caso Battisti". Trata-se de um pedido de extradição solicitado pela Itália ao Brasil. O Brasil possui um Tratado Bilateral de Extradição com a República Italiana. O pedido solicitava a extradição do sr. Cesare Battisti, que havia sido acusado de crimes cometidos naquele país. Contudo, o sr. Battisti, após passar por outros países, veio solicitar refúgio no Brasil. O pedido de refúgio foi negado pelo CONARE, porém foi concedido em grau de recurso pelo Min. da Justiça. O STF, em princípio, deferiu o pedido de extradição, considerando que se tratava de crime comum e não de perseguição política. Criou-se um impasse entre o Ministério da Justiça e o STF, uma vez que a extradição não pode ser deferida a quem é reconhecido o direito ao refúgio. Por fim, a decisão do impasse coube ao Presidente da República, que decidiu pela manutenção do refúgio e negação do pedido de extradição. Para análise do voto e motivações legais dos Ministros, acesse: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ext1085GM.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2017.

Outra questão que merece análise são **os conflitos envolvendo questões religiosas com violações aos direitos humanos**. Nosso país, infelizmente, vem presenciando atos de perseguição religiosa, em especial, quanto às religiões de matriz africana. Algo que é profundamente incoerente, uma vez que estas religiões estão profundamente arraigadas na cultura brasileira há muito tempo.

A nossa Constituição Federal, no artigo 5º, VI, estipula ser inviolável a liberdade de consciência e de crença, assegurando o livre exercício dos cultos religiosos e garantindo, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias. Além disso, o inciso VII do artigo 5º estipula que ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei. A Constituição também proíbe que Estados, Municípios, a União e o Distrito Federal imponham qualquer obstáculo aos estabelecimentos religiosos (artigo 19, I) quanto ao funcionamento, ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público; seja a proibição de cobrar impostos de tais estabelecimentos (artigo 150, VI, "b"). Além disso, o artigo 120, § 1º expõe que o ensino religioso é matéria facultativa e constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental. Lembrando que tal ensino deve respeitar a diversidade religiosa de cada indivíduo.

Outro elemento importante, que se deve ressaltar, é que o Brasil é um Estado laico, segundo o que dispõe nossa própria Constituição Federal. Evidentemente, somos um país de maioria católica, tal característica faz parte de nossa herança cultural e está expressa nos feriados religiosos oficiais considerados em nosso país. Porém, temos que observar que, para que haja um verdadeiro Estado democrático de direito, todos os grupos religiosos devem ser respeitados. A laicidade determina que não deve haver vínculo entre religião e Estado, porém a influência é latente, inclusive no processo legislativo. Portanto, é importante evitar que a maioria simplesmente não sobreponha seus interesses, ideologias e crenças sobre os demais, a ponto de oprimir ou suprimir o direito dos demais à liberdade de crença. É importante que o Estado democrático saiba acolher a diversidade e coibir a ignorância e o preconceito.

Outra questão que vem preocupando aqueles que buscam assegurar a efetividade dos direitos fundamentais é a **relação entre direito humanos e tecnologia, em especial a análise da exposição da vida privada e do direito à intimidade**. O advento da era digital e a evolução tecnológica colocaram um novo desafio ao Direito: a regulamentação dos direitos de uso da imagem e veiculação de informações disponibilizadas virtualmente. Por sua própria característica, esses direitos da “era da informação” representam um desafio para o direito, especialmente na determinação de sua titularidade, como na comprovação da violação que porventura possa ocorrer. Tratam-se de direitos considerados por alguns autores como Ingo Sarlet e Dimitri Dimoulis, de Quinta Dimensão, em virtude da dinamicidade e abrangência dos meios de comunicação da atualidade.

Um dos desafios representados por esses direitos encontra-se expresso no confronto entre a liberdade de expressão e o direito à privacidade e, especialmente, na dificuldade de apurar responsáveis por violações. Segundo o art. 5º, inciso X da CF/88 “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988, [s.p.]).

Porém, a volatilidade dos meios de comunicação e os recursos da tecnologia dificultam a aplicação desse princípio na rede virtual. Assim, em 2012, é promulgada a Lei nº 12.737 que dispõe sobre os crimes informáticos, motivada após casos de vazamento de informações íntimas de usuários pela internet. Tal situação, que traz graves consequência pessoais, profissionais e psicológicas para as pessoas que são atingidas por esse crime, agora pode ser coibida pela legislação vigente.



Refleta

São frequentes os casos nos quais violações de direitos humanos ocorrem nas redes sociais. Você, provavelmente, já deve ter verificado ou sofrido alguma dessas violações. Casos de racismo, pedofilia, *cyberbullying*, homofobia, violação de privacidade e outros crimes que são praticados e expostos nas redes sociais como se fossem uma afirmação da expressão pessoal. A tecnologia nos trouxe facilidades, encurtou distâncias, facilitou a comunicação. Porém, ela tem um lado obscuro,

que é a prática de crimes virtuais. Hoje, a tecnologia também oferece meios para retirar o anonimato de criminosos e identificar autores de tais crimes, para responsabilizá-los. E a legislação também tipifica e sanciona os crimes cibernéticos. É importante ressaltar que, aqueles que não praticaram, mas propagaram ou reproduziram tais crimes, também podem ser responsabilizados. Por outro lado, as redes sociais têm sido um instrumento importante para denúncias e para a expressão do pensamento crítico. Por essa razão, houve o movimento de alguns políticos para tentar "coibir" tais manifestações nas redes sociais, como forma de reprimir as críticas e reprovações a suas condutas. Por isso, é importante refletirmos sobre o papel da tecnologia da sociedade hoje e seu impacto sobre a vida das pessoas. Quais os limites da tecnologia? Ela deve ser controlada, ou isso seria excesso de interferência do Estado? Até que ponto o controle exercido para proteção pode tornar-se repressão?

Por fim, temos que abordar um tema sensível em nosso país, que é a relação tumultuada entre **Direitos Humanos e segurança**. O art. 144 da Constituição Federal estabelece que "A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio" (BRASIL, 1988, [s.p.]), assim como aponta quais são as autoridades responsáveis por garanti-lo. Ressalta-se que a Constituição expressamente diz que a segurança é dever do Estado, o qual teve que adaptar o texto inicial do artigo aos novos desafios da segurança pública. Assim, veja que o direito à segurança pública é dever do Estado em garantir uma vida tranquila e livre das agressões e ameaças. Dessa forma, a omissão do Estado e das instituições que têm o dever constitucionalmente previsto de proporcioná-lo, pode ensejar a necessidade de reivindicá-lo judicialmente ou de buscar a indenização pelos eventuais danos sofridos.



Pesquise mais

Caro aluno, sabemos que a segurança pública, ou a sua ausência, é um assunto delicado e muito difícil em nosso país. Os índices são alarmantes e desenham uma realidade preocupante.

Sobre o assunto profundo e delicado sobre a situação da segurança pública no Brasil e sua intersecção com os direitos humanos, sugere-se

a leitura do livro *Segurança Pública no Brasil*, de Luís Flávio Saporì, da Editora FGV, edição de 2007.

Além disso, recomenda-se observar as estatísticas e informações contidas no site do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, que atualiza frequentemente tais dados, demonstrando um retrato da segurança pública no Brasil: <<http://www.forumseguranca.org.br/estatisticas/introducao/>>. Acesso em: 14 set. 2017.

O sociólogo Zigmund Baumann costumava refletir sobre o conflito entre liberdade e segurança, dois direitos fundamentais e essenciais à vida humana. Porém, como encontrar o equilíbrio entre os dois, ou seja, como conciliar a liberdade e a necessidade de segurança? Cada vez mais abrimos mão de nossa liberdade em nome da segurança, mas onde isso poderá nos levar? A história da humanidade demonstra que, se por um lado, o caos e anarquia social que poderiam ser gerados pela maximização dos interesses e desejos individuais é indesejável, também os excessos cometidos em nome da segurança facilmente descambam para a opressão.

Muito bem, agora que você avançou no conhecimento e já possui os elementos necessários para trabalhar, vamos construir a tarefa proposta?

Sem medo de errar

Vamos, então, considerar os pontos principais levantados pelo caso, no qual você é juiz e deve analisar a responsabilidade do Estado perante o fato.

A LOAS contraria o princípio da igualdade e do acesso a direitos básicos a fim de garantir uma vida digna, os quais estão previstos na Constituição Federal. Além disso, a garantia dos direitos sociais também está contemplada em diversos documentos internacionais ratificados pelo Brasil, dentre eles o Pacto dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais e, evidentemente, a própria Convenção de Genebra sobre o Estatuto dos Refugiados e seu Protocolo Adicional, ambos ratificados pelo Brasil.

Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos também são materialmente constitucionais, prestando-se ao controle difuso de

constitucionalidade. Portanto, você pode deduzir que nenhuma norma infraconstitucional, como é o caso da LOAS, pode contrariar norma constitucional. Assim, você poderá alegar a inconstitucionalidade de tal previsão que proíbe a extensão do benefício aos refugiados. O mais importante é ressaltar que não se pode alijar de direitos humanos básicos algumas pessoas em razão de sua nacionalidade.

Assim, além de privilegiar a previsão constitucional da igualdade, que está acima da Lei infraconstitucional, você deve fundamentar legalmente sua decisão na previsão dos Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil, sob pena do Estado ser responsabilizado internacionalmente. Importante mencionar que o Direito Internacional dos Refugiados (leia-se a Convenção de 1951) não possui um mecanismo próprio de supervisão e controle. Contudo, você poderia invocar a proteção prevista pela própria Convenção Americana de Direitos Humanos, artigos 22.7 e 22.6, que tratam especificamente de asilo/refúgio, como também outras disposições que garantem a igualdade e os direitos sociais a qualquer indivíduo que esteja sob a jurisdição do Estado e que não deve ser discriminado pela sua nacionalidade. A seguir, temos um modelo de sentença, que pode ser utilizado na construção de sua tarefa:

IDENTIFIQUE A VARA, COMARCA E CIDADE E ESTADO

1) Identifique a ação: “Vistos e analisados os autos da Ação Civil Pública nº XXX, que trata de XXX, cujas partes são XXX e XXX. Proposta pelo Ministério Público Federal de São Paulo”.

2) Relatório: disponha sobre do que trata o caso, descrevendo circunstâncias, partes, pedido e também apontando as provas apresentadas.

3) Fundamentação: aponte os elementos e conceitos jurídicos invocados pelo caso.

4) Dispositivo: aponte a tipificação do caso e a legislação aplicável.

5) Por fim, profira a sentença, manifestando a síntese de sua decisão final.

Com esses elementos você pode construir seu trabalho demonstrando a compreensão dos conceitos que estudamos!

Intolerância religiosa

Descrição da situação-problema

Um templo religioso de matriz africana foi atacado por vândalos, que incendiaram e violaram o local considerado sagrado por seus seguidores. A comunidade religiosa que mantinha e frequentava o templo procurou a polícia e registrou queixa, inclusive apresentando provas materiais e testemunhais sobre quem seriam os criminosos. Porém, o delegado disse que não iria investigar nem instaurar inquérito, pois o lugar era “maldito, não merecia respeito e que os indivíduos que cometeram tais atos agiram certo”. Indignadas, as vítimas procuram você, que é advogado, denunciando não apenas a violação do templo religioso, mas, também, a recusa do delegado em investigar o caso. Na qualidade de advogado representante das vítimas, tomaria qual atitude? Quais direitos violados e quais as medidas judiciais cabíveis?

Resolução da situação-problema

Você deveria impetrar duas ações, uma questionando a conduta do delegado (um mandado de segurança) denunciando a atitude negligente e preconceituosa que contraria não apenas o compromisso e competência de sua função, mas, também, viola o princípio da laicidade do Estado, que ele, como agente deste Estado, deveria respeitar.

Outra ação seria voltada à responsabilização civil e criminal dos perpetradores das violações ao templo religioso, alegando, especialmente, que se trata de uma ação contrária ao dispositivo constitucional que assegura a liberdade religiosa e de associação.

Faça valer a pena

1. Os “Novos Direitos” reconhecidos como fundamentais pelo nosso ordenamento jurídico, materializam as novas demandas da sociedade. Eles surgem da necessidade de atender não apenas a uma evolução dos costumes, mas também à necessidade de regulamentação advinda da ampliação do dever de tutela do Estado.

No que se refere à possibilidade de inclusão de novos direitos ao rol de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, aponte qual a afirmativa correta:

- a) Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos incorporados pelo Brasil não fazem parte da cláusula de abertura da Constituição.
- b) A semelhança material dos direitos fundamentais pode ser avaliada também a partir da identificação com princípios e direitos da Declaração Universal de Direitos Humanos.
- c) A semelhança material de tais direitos é avaliada exclusivamente a partir da relação com o princípio da dignidade da pessoa humana.
- d) A inclusão de outros direitos fundamentais ao rol existente na Constituição somente se dá a partir de emendas constitucionais ou tratados equivalentes às emendas.
- e) A cláusula de abertura está prevista no artigo 4º da CF no qual consta que o respeito aos direitos humanos são princípios que regem as relações internacionais do Brasil.

2. Segundo a Convenção Internacional sobre Refugiados de 1951:



um refugiado ou uma refugiada é toda pessoa que por causa de fundados temores de perseguição devido à sua raça, religião, nacionalidade, associação a determinado grupo social ou opinião política, encontra-se fora de seu país de origem e que, por causa dos ditos temores, não pode ou não quer regressar ao mesmo.

O Brasil ratificou a Convenção, assim como normas relativas à concessão de asilo e a apatridia.

No que se refere aos institutos do refúgio, asilo e apatridia, aponte a alternativa correta:

- a) O princípio do *non-refoulement* refere-se apenas ao refugiado reconhecido e não ao solicitante.
- b) O princípio do *non-refoulement* refere-se apenas ao solicitante de refúgio.

- c) A concessão do refúgio é de discricionariedade do Estado e não um direito do indivíduo.
- d) O refúgio é um direito do indivíduo e não discricionariedade do Estado, ao contrário da concessão de asilo.
- e) Da decisão do CONARE não cabe recurso, ela é definitiva.

3. A expansão dos direitos humanos acompanha as mudanças sociais e a necessidade de regulamentar novas situações que surgem a partir de novas relações e necessidades. Por essa razão, há a necessidade de considerar novos temas de direitos humanos e a regulamentação deles.

Em relação aos temas de direitos humanos que estudamos nessa seção, aponte a alternativa correta:

- a) A expressão da crença religiosa é limitada constitucionalmente para assegurar a laicidade do caso.
- b) Os direitos relativos à era da informação são direitos de terceira dimensão ou direitos difusos.
- c) A Constituição garante que a segurança pública é direito e responsabilidade de todos, mas deve ser garantida pelo Estado.
- d) A Constituição garante que a vida privada e a intimidade são invioláveis, mas desde que não obstaculize a liberdade de expressão.
- e) A lei permite que sejam cobrados impostos de templos religiosos que também cobrem contribuições de seus fiéis.

Referências

BITTAR, Carla Bianca. **Educação e Direitos Humanos no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 8 dez. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. Lei nº 9.474 de 1997, de 22 de julho de 1997a. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 23 jul. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9474.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997b. Estabelece normas para as eleições. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1 out. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 25 maio 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL. **Decreto nº 61.078, de 26 de julho de 1967**. Promulga a Convenção de Viena sobre Relações Consulares. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d61078.htm>. Acesso em: 29 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal - SFT. **Recurso extraordinário**: 436996/SP. Jusbrasil, 2006. Disponível em: <<https://goo.gl/FB11xH>>. Acesso em: 27 set. 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra [Portugal]: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1988.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Estatísticas**. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/estatisticas/introducao/>> Acesso em: 14 set. 2017.

GORCZEVSKI, Clóvis; MARTÍN, Nuria Beloso. **Educar para os Direitos Humanos: considerações, obstáculos e propostas**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MAHLKE, Helisane. **Direito internacional dos refugiados**. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Convenção das nações unidas sobre redução dos casos de apatridia**. Nova Iorque: ONU, 1961.

_____. **Convenção sobre o estatuto dos apátridas**. Nova Iorque: ONU, 1954. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_sobre_o_Estatuto_dos_Apatridas_de_1954.pdf>. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. **Convenção sobre o estatuto dos refugiados**. Genebra: ONU, 1951. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf>. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. Dados sobre refúgio no Brasil. **ACNUR**, [online]. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/recursos/estatisticas/dados-sobre-refugio-no-brasil/>>. Acesso em: 14 set. 2017.

_____. **Declaração de Teerã**. Teerã: ONU, 1968.

_____. **Declaração e programa de ação de Viena**. Viena: ONU, 1993.

_____. **Declaração universal dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: ONU, 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2017.

_____. **Protocolo adicional a convenção sobre o estatuto dos refugiados**. 1967. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf>. Acesso em: 14 set. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção americana de Direitos Humanos**. Pacto de San José da Costa Rica. 1969.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. **Tratado constitutivo**. Paris: OIT, 1919.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

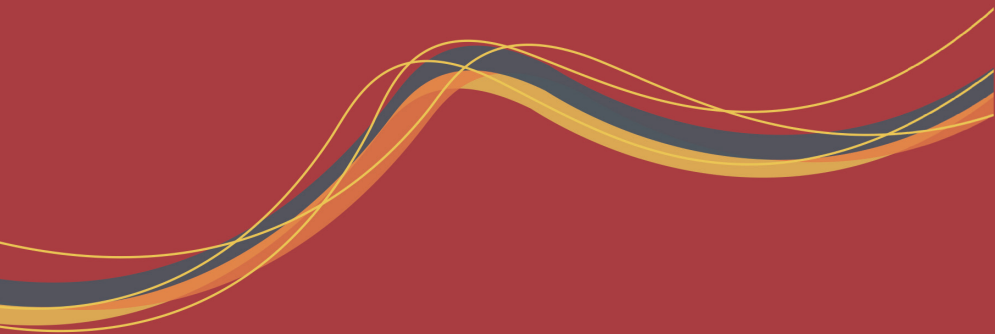
RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004.

SAPORI, Luís Flávio. **Segurança pública no Brasil**. São Paulo: Editora FGV, 2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Caso Battisti. **STF**, Notícias. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ext1085GM.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2017.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tribunais internacionais contemporâneos**. Brasília: FUNAG, 2013.



ISBN 978-85-522-0229-5



9 788552 202295 >