

57

SABERES DO DIREITO

Direitos Humanos Fundamentais

NAPOLEÃO CASADO FILHO

COORDENADORES

ALICE BIANCHINI
LUIZ FLÁVIO GOMES



 **Editora
Saraiva**

DADOS DE COPYRIGHT

Sobre a obra:

A presente obra é disponibilizada pela equipe [X Livros](#) e seus diversos parceiros, com o objetivo de disponibilizar conteúdo para uso parcial em pesquisas e estudos acadêmicos, bem como o simples teste da qualidade da obra, com o fim exclusivo de compra futura.

É expressamente proibida e totalmente repudiável a venda, aluguel, ou quaisquer uso comercial do presente conteúdo

Sobre nós:

O [X Livros](#) e seus parceiros disponibilizam conteúdo de domínio público e propriedade intelectual de forma totalmente gratuita, por acreditar que o conhecimento e a educação devem ser acessíveis e livres a toda e qualquer pessoa. Você pode encontrar mais obras em nosso site: xlivros.com ou em qualquer um dos sites parceiros apresentados neste link.

Quando o mundo estiver unido na busca do conhecimento, e não lutando por dinheiro e poder, então nossa sociedade enfim evoluirá a um novo nível.

57

SABERES DO DIREITO

Direitos Humanos Fundamentais

NAPOLEÃO CASADO FILHO

COORDENADORES

ALICE BIANCHINI

LUIZ FLÁVIO GOMES

2012

 **Editora
Saraiva**



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

E-mail saraivajur@editorasaraiva.com.br

Acesse www.saraivajur.com.br

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 – Centro – Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas – Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895 – Fax: (71) 3381-
0959 – Salvador

BAURU (SÃO PAULO)

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro – Fone: (14) 3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 –
Bauru

CEARÁ/PIAUI/MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga – Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384 – Fax: (85)
3238-1331 – Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 — Setor de Indústria e Abastecimento – Fone: (61) 3344-2920 /
3344-2951 – Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto – Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806 – Fax:
(62) 3224-3016 – Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 – Centro – Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo
Grande

MINAS GERAIS

Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha – Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo
Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos – Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038 – Fax: (91)
3241-0499 – Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

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

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

Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista – Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 –
Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro – Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 –
Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel – Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21)
2577-8867 / 2577-9565 – Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos – Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567 –
Porto Alegre

SÃO PAULO

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

Casado Filho, Napoleão
Direitos humanos e fundamentais / Napoleão Casado
Filho. – São Paulo : Saraiva, 2012. – (Coleção saberes do
direito ; 57)
1. Direitos fundamentais 2. Direitos humanos – Brasil
I. Título. II. Série.
12-01433 CDU-342.7:347.98(81)

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil : Direitos humanos fundamentais : Direito 342.7:347.98(81)

Diretor editorial Luiz Roberto Curia

Diretor de produção editorial Lígia Alves

Editor Roberto Navarro

Assistente editorial Thiago Fraga

Produtora editorial Clarissa Boraschi Maria

Preparação de originais, arte, diagramação e revisão Know -how Editorial

Serviços editoriais Kelli Priscila Pinto / Vinicius Asevedo Vieira

Capa Aero Comunicação

Produção gráfica Marli Rampim

Produção eletrônica Ro Comunicação

Data de fechamento da edição: 17-2-2012

Dúvidas?

Acesse www.saraivajur.com.br

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

◆ Apresentação

O futuro chegou.

A Editora Saraiva e a LivroeNet, em parceria pioneira, somaram forças para lançar um projeto inovador: a **Coleção Saberes do Direito**, uma nova maneira de aprender ou revisar as principais disciplinas do curso. São mais de 60 volumes, elaborados pelos principais especialistas de cada área com base em metodologia diferenciada. Conteúdo consistente, produzido a partir da vivência da sala de aula e baseado na melhor doutrina. Texto 100% em dia com a realidade legislativa e jurisprudencial.

Diálogo entre o livro e o [1](#)

A união da tradição Saraiva com o novo conceito de *livro vivo*, traço característico da LivroeNet, representa um marco divisório na história editorial do nosso país.

O conteúdo impresso que está em suas mãos foi muito bem elaborado e é completo em si. Porém, como organismo vivo, o Direito está em constante mudança. Novos julgados, súmulas, leis, tratados internacionais, revogações, interpretações, lacunas modificam seguidamente nossos conceitos e entendimentos (a título de informação, somente entre outubro de 1988 e novembro de 2011 foram editadas 4.353.665 normas jurídicas no Brasil – fonte: IBPT).

Você, leitor, tem à sua disposição duas diferentes plataformas de informação: uma **impressa**, de responsabilidade da Editora Saraiva (livro), e outra disponibilizada na **internet**, que ficará por conta da LivroeNet (o que chamamos de  [1](#)).

No  [1](#) você poderá assistir a **vídeos** e participar de **atividades** como simulados e enquetes. **Fóruns de discussão e leituras complementares** sugeridas pelos autores dos livros, bem como comentários às novas leis e à jurisprudência dos tribunais superiores, ajudarão a enriquecer o seu repertório, mantendo-o sintonizado com a dinâmica do nosso meio.

Você poderá ter acesso ao  ¹ do seu livro mediante **assinatura**. Todas as informações estão disponíveis em www.livroenet.com.br.

Agradecemos à Editora Saraiva, nas pessoas de Luiz Roberto Curia, Roberto Navarro e Lígia Alves, pela confiança depositada em nossa Coleção e pelo apoio decisivo durante as etapas de edição dos livros.

As mudanças mais importantes que atravessam a sociedade são representadas por realizações, não por ideais. O livro que você tem nas mãos retrata uma mudança de paradigma. Você, caro leitor, passa a ser integrante dessa revolução editorial, que constitui verdadeira inovação disruptiva.

Alice Bianchini | Luiz Flávio Gomes
Coordenadores da Coleção Saberes do Direito
Diretores da LivroeNet

Saiba mais sobre a LivroeNet
<http://atualidadesdodireito.com.br/?video=livroenet-15-03-2012>

¹ O  deve ser adquirido separadamente. Para mais informações, acesse www.livroenet.com.br.



NAPOLEÃO CASADO FILHO

Mestre e doutorando em Direito das Relações Sociais pela PUCSP. Professor de Direito Internacional e de Direitos Humanos na Rede de Ensino LFG e na PUCSP. Professor convidado da pós-graduação da FGV, EPD, PUCSP e UNIFOR. Coach do time de Arbitragem Internacional da PUCSP. Membro do Colégio de Vogais da Junta Comercial de São Paulo (JUCESP). Advogado em São Paulo. Sócio de Clasen, Caribé e Casado Filho Sociedade de Advogados. Autor de livros e artigos sobre Direito.

Conheça o autor deste livro: Assista ao vídeo:
<http://atualidadesdireito.com.br/conteudonet/?ISBN=16900-5>

COORDENADORES

ALICE BIANCHINI

Doutora em Direito Penal pela PUCSP. Mestre em Direito pela UFSC.
Presidente do Instituto Panamericano de Política Criminal – IPAN.
Diretora do Instituto LivroeNet.

LUIZ FLÁVIO GOMES

Jurista e cientista criminal. Fundador da Rede de Ensino LFG. Diretor-presidente do Instituto de Pesquisa e Cultura Luiz Flávio Gomes. Diretor do Instituto LivroeNet. Foi Promotor de Justiça (1980 a 1983), Juiz de Direito (1983 a 1998) e Advogado (1999 a 2001).

Conheça a LivroeNet: <http://atualidadesdodireito.com.br/?video=livroenet-15-03-2012>

À minha esposa, Virginia, pelos momentos
especiais roubados por este trabalho.

Aos meus pais, pela importância que têm em minha formação
e pela presença constante na minha vida, mesmo a distância.

Aos meus amigos, que, cada um a seu modo,
contribuíram para este livro.

Aos meus sobrinhos, na esperança de que possam vivenciar
na prática cada um dos direitos estudados nesta obra.

Aos meus alunos, razão maior das linhas que seguem.

“Acredito na essencial unidade do homem, e, portanto, na unidade de todo o que vive. Desse modo, se um homem progredir espiritualmente, o mundo inteiro progride com ele, e se um homem cai, o mundo inteiro cai em igual medida.”

Mahatma Gandhi

◆ Sumário

Capítulo **1** Noções de Direitos Humanos e Fundamentais

1. Direitos humanos ou direitos fundamentais: o problema da denominação
2. Conceito de direitos humanos
3. Características dos direitos humanos
 - 3.1 Universalidade
 - 3.2 Indisponibilidade, inalienabilidade e irrenunciabilidade
 - 3.3 Imprescritibilidade
 - 3.4 Indivisibilidade, interdependência e complementaridade
 - 3.5 Historicidade e proibição do retrocesso
 - 3.6 Aplicabilidade imediata e caráter declaratório

Capítulo **2** Evolução Histórica dos Direitos Humanos

1. Mesopotâmia
2. Grécia
 - 2.1 Antígona
 - 2.2 Platão e a República
 - 2.3 Democracia
3. Roma
4. A tradição judaico-cristã
 - 4.1 Santo Agostinho
 - 4.2 São Tomás de Aquino
5. As revoluções burguesas e as ideias liberais
 - 5.1 A Revolução Gloriosa
 - 5.2 A Revolução Americana
 - 5.3 A Revolução Francesa
6. A Revolução Industrial e o marxismo
7. A Primeira Guerra Mundial

[8. A Constituição de Weimar](#)

[9. A Segunda Guerra Mundial e o Holocausto](#)

[10. A criação das Organizações Internacionais e seu papel nos Direitos Humanos](#)

[11. O surgimento da expressão “gerações de direitos humanos”](#)

[12. A classificação em dimensões dos direitos humanos](#)

Capítulo 3 A Evolução dos Direitos Humanos nas Constituições Brasileiras

[1. A Constituição de 1824](#)

[2. A Constituição de 1891](#)

[3. A Constituição de 1934](#)

[4. A Constituição de 1937](#)

[5. A Constituição de 1946](#)

[6. A Constituição de 1967](#)

Capítulo 4 A Estrutura Internacional de Proteção aos Direitos Humanos

[1. Os sistemas de proteção aos direitos humanos](#)

[2. Noções introdutórias](#)

[3. O sistema global de proteção aos direitos humanos](#)

[3.1 Base legal do sistema global](#)

[3.1.1 A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948](#)

[3.1.2 O Pacto dos Direitos Civis e Políticos](#)

[3.1.3 O Pacto dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais](#)

[3.1.4 Convenção para Prevenção e Repressão do Genocídio](#)

[3.1.5 Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher](#)

[3.1.6 Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial](#)

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

[3.1.8 Convenção sobre os Direitos das Crianças](#)

[3.2 Órgãos institucionais do sistema global](#)

[3.2.1 Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos \(OHCHR\)](#)

[3.2.2 Conselho de Direitos Humanos](#)

[3.2.3 Comitê de Direitos Humanos](#)

[3.2.4 Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais](#)

[4. Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos](#)

[4.1 Noções introdutórias](#)

[4.2 O sistema interamericano](#)

[4.2.1 A convenção interamericana](#)

[4.2.2 A Comissão Interamericana de Direitos Humanos](#)

[4.2.3 A Corte Interamericana de Direitos Humanos](#)

Capítulo

5 Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1988

[1. Banalização da expressão direitos fundamentais](#)

[2. Principais direitos fundamentais](#)

[2.1 Direito à vida](#)

[2.2 O direito à liberdade](#)

[2.3 Tutela da intimidade, vida privada, honra e imagem](#)

[2.4 Inviolabilidade do domicílio](#)

[2.5 Inviolabilidade dos dados e da comunicação](#)

[2.6 Liberdade de reunião e associação](#)

[2.7 Direito de propriedade](#)

[3. Principais direitos fundamentais vinculados à dimensão da igualdade](#)

[3.1 Direito à igualdade](#)

[3.2 Igualdade perante a lei x igualdade na lei](#)

[3.3 Os deveres do Estado em relação à igualdade](#)

[4. Direitos sociais, econômicos e culturais](#)

[5. Garantias fundamentais do processo](#)

[6. Os direitos e garantias fundamentais como cláusulas pétreas](#)

[7. A eficácia dos direitos humanos fundamentais](#)

[8. A possibilidade de federalização dos crimes contra os Direitos Humanos](#)

9. A incorporação dos tratados sobre Direitos Humanos no Brasil após a Emenda n. 45/2004

9.1 A mudança

9.2 A doutrina brasileira sobre a posição hierárquica dos tratados internacionais de Direitos Humanos

9.3 A jurisprudência sobre a hierarquia dos tratados sobre Direitos Humanos

Capítulo

6 Questões Relevantes e Atuais sobre Direitos Humanos

1. Colisão de direitos fundamentais e a técnica da ponderação

1.1 Direito à vida x segurança nacional (A lei do abate)

1.2 Casamento entre pessoas do mesmo sexo

1.3 Adoção de crianças por casais homossexuais

1.4 Eutanásia

1.5 Liberdade de expressão e a marcha da maconha

1.6 A Lei de Anistia

1.7 A evolução do mandado de injunção no Supremo Tribunal Federal (o caso do aviso prévio proporcional)

2. A Lei Maria da Penha

2.1 A origem no sistema interamericano

2.2 As inovações da Lei Maria da Penha

3. O Estatuto de Roma e o Tribunal Penal Internacional (TPI)

3.1 As experiências anteriores

3.2 A criação do TPI

3.3 Estrutura do TPI

3.4 Jurisdição do TPI

3.4.1 Competência material

3.4.2 Competência pessoal, temporal e territorial

3.5 Os problemas do TPI no Direito brasileiro

3.5.1 A diferença entre entrega e extradição

3.5.2 A necessidade de lei formal para tipificação penal

3.5.3 A previsão de pena de prisão perpétua

3.5.4 A impossibilidade de invocação de imunidade de jurisdição

3.6 Casos paradigmáticos de desrespeito dos Direitos Humanos por empresas

3.6.1 O caso do amianto

3.6.2 Caso dos transgênicos e segurança alimentar

3.6.3 Trabalho escravo

3.6.4 A construção de residências em áreas contaminadas

3.7 A Usina de Belo Monte

Conclusão

Referências

Capítulo 1

◆ Noções de Direitos Humanos e Fundamentais

1. Direitos humanos ou direitos fundamentais: o problema da denominação

Para iniciar nosso estudo, é de extrema importância fazer um esclarecimento terminológico. Direitos Humanos e Direitos Fundamentais são expressões comumente utilizadas como sinônimas, tanto na doutrina como na jurisprudência. Neste livro, seguiremos esta tendência.

Na verdade, há diversos nomes para a disciplina *Direitos Humanos*. Em alguns lugares, chamam-na Direitos do Homem, em outros, de Liberdades Públicas, como preferem os franceses.

Contudo, os dois nomes mais utilizados na doutrina e na jurisprudência para se referir ao conjunto de direitos e garantias essenciais à preservação da dignidade da pessoa humana são *direitos humanos* e *direitos fundamentais*.

Ocorre que entre tais expressões existe, sim, diferença, embora bastante sutil, que é habitualmente explorada por examinadores de todo o País.

Na verdade, a expressão *direitos humanos* é normalmente utilizada para se referir aos valores e direitos consagrados em tratados internacionais. Por sua vez, a expressão *direitos fundamentais* é empregada para fazer menção ao mesmo conjunto de direitos, quando inseridos na Constituição.

Assim, tecnicamente, não é correto falar sobre *tratados de direitos fundamentais*, ou afirmar que *os direitos humanos são assegurados pela constituição*. No entanto, tanto a doutrina quanto a jurisprudência nacional, com certa frequência, confundem os dois termos.

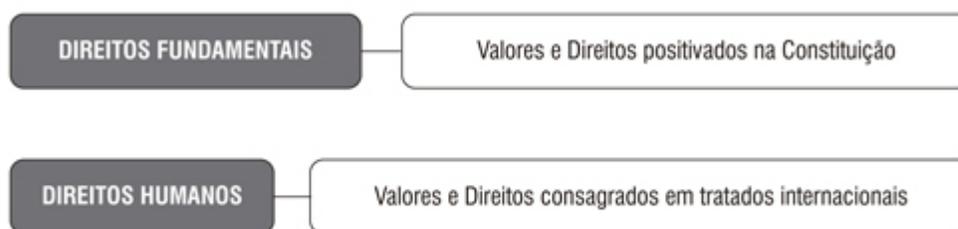
Diversos programas de concursos públicos seguem a mesma linha e, ao explorarem *Direitos Humanos*, lançam mão de questões sobre *Direitos*

Fundamentais, e vice-versa.

Isso ocorre em virtude de uma grande zona de convergência entre tais direitos, afinal, os Direitos Fundamentais, no caso brasileiro, são, em sua grande maioria, uma réplica dos direitos e garantias assegurados por uma série de tratados internacionais dos quais a República brasileira é signatária. Tal processo, inclusive, ficou conhecido como *constitucionalização dos direitos humanos*. Autores como Alexandre de Moraes e Paulo Bonavides, inclusive, adotam, em suas obras, ambas as expressões de forma conjunta: Direitos Humanos Fundamentais.

Dessa forma, optamos por usar as duas expressões em nosso livro, de modo a oferecer ao leitor um panorama geral sobre os direitos e garantias assegurados nos tratados (Direitos Humanos), conferindo um destaque maior a esses direitos que foram positivados em nosso ordenamento constitucional (Direitos Fundamentais).

Assim, ao longo do livro veremos um pouco do processo histórico de evolução dos Direitos Humanos, até chegar aos Sistemas de Proteção atualmente existentes (Sistema Global e Sistema Regional), e terminaremos nosso estudo com Direitos Fundamentais, analisando o espaço ocupado por tais direitos em nossa Constituição e as questões mais polêmicas e atuais sobre a matéria.



2. Conceito de direitos humanos

Para que nosso estudo seja mais proveitoso, é essencial conceituar nosso objeto, de forma a delimitá-lo. E, para chegarmos a um conceito de um determinado fenômeno, é fundamental que respondamos (1) *o que é o objeto*, (2) *para que ele serve*, (3) *por que meios* e (4) *quando ele ocorre*.

A primeira questão é de fácil resposta. Os Direitos Humanos *são um conjunto de direitos positivados ou não*. Entretanto, vários conjuntos de

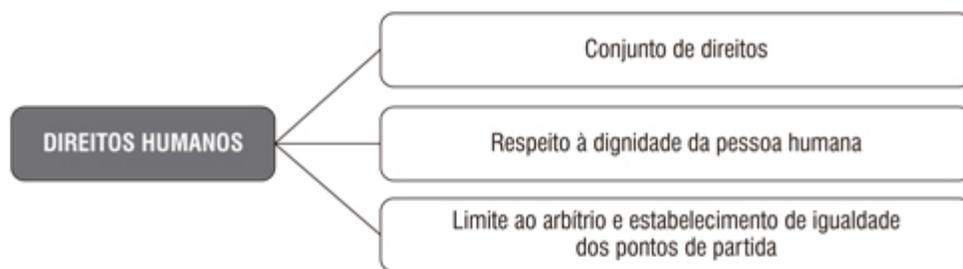
direitos são positivados e não são considerados como Direitos Humanos.

Ao responder a segunda pergunta, começamos a nos aproximar do conceito: os Direitos Humanos *têm a finalidade de assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana*, o que torna tal conjunto de direitos bastante especial.

No entanto, os meios que os Direitos Humanos utilizam também são necessários para uma boa conceituação. E os Direitos Humanos chegam ao seu objetivo por meio da *limitação do arbítrio estatal e assegurando a igualdade nos pontos de partida dos indivíduos*.

Convém ressaltar que os Direitos Humanos possuem historicidade, de forma que os valores assegurados em uma determinada época podem evoluir em outro período histórico.

Somando todas essas ideias, temos que os Direitos Humanos são **um conjunto de direitos, positivados ou não, cuja finalidade é assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana, por meio da limitação do arbítrio estatal e do estabelecimento da igualdade nos pontos de partida dos indivíduos, em um dado momento histórico.**



3. Características dos direitos humanos

Em diversos concursos públicos, são exploradas as características dos Direitos Humanos. Embora seja controverso na doutrina falar de características de um ramo do direito, costuma-se falar que os Direitos Humanos possuem, entre outras características: universalidade (3.1); indisponibilidade, inalienabilidade e irrenunciabilidade (3.2); imprescritibilidade (3.3); indivisibilidade, interdependência e complementaridade (3.4); historicidade e proibição do retrocesso (3.5); aplicabilidade imediata e caráter declaratório (3.6).

Há outras características encontradas de forma esparsa na doutrina, mas focaremos apenas nas acima mencionadas.

3.1 Universalidade

Frequentemente se diz que os Direitos Humanos são universais. Por meio da universalidade, é possível afirmar que os Direitos Humanos possuem validade e são legítimos **para todos os indivíduos**. Em outras palavras, ninguém poderá se valer de pretextos como raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política, ou de qualquer outra ordem, para se abster ou infringir qualquer direito fundamental.

Tal princípio foi consagrado no art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Nesta Declaração fica estabelecido que *todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos*. Logo, no artigo seguinte, está assegurado que todos podem invocar os direitos ali declarados, independentemente de qualquer característica pessoal.

Uma característica que decorre diretamente da universalidade é a *inerência*. Por ela, temos que não é preciso depender de concessões dos Estados ou de qualquer ente público ou privado para que sejam assegurados os direitos e garantias fundamentais.

Além disso, muito se discute sobre quando se iniciaria a legitimidade para reclamar os seus direitos fundamentais. A Declaração afirma que “todos os seres humanos podem invocar os direitos proclamados nesta Declaração”. Contudo, não fica claro se o nascituro pode ser considerado como titular de direitos e garantias.

Tal tarefa foi enfrentada pelo TRF 4ª Região, que entendeu, no AG 2005040132106/PR, de 29-8-2006, que até mesmo os estrangeiros que se encontrem no País de maneira irregular gozam dos direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988.

3.2 Indisponibilidade, inalienabilidade e irrenunciabilidade

Afirma-se, com bastante frequência, que os Direitos Humanos também são indisponíveis, no sentido de que não podem ser transmitidos ou mesmo

renunciados por seus titulares. Alguns autores utilizam a expressão irrenunciabilidade ou inalienabilidade para tratar desta característica.

Tal ideia está nos principais livros sobre Direitos Humanos e, regularmente, tal característica é explorada nos exames universitários e nos concursos públicos. Contudo, sustentamos que tal afirmação deve ser analisada com extremo cuidado. Afinal, não raro, verificamos situações em que pessoas, no livre exercício de sua vontade, renunciam a direitos fundamentais e têm sua decisão confirmada por tribunais.

Veremos tais casos, de forma mais detida, no Capítulo 6 deste livro, em que abordaremos as situações mais controvertidas dos Direitos Humanos Fundamentais.

Entretanto, podemos adiantar que, em situações como o direito à intimidade, é muito comum celebridades e aspirantes a celebridades renunciarem, em troca de compensação financeira, seu direito à intimidade. Em casos mais extremos, renuncia-se a tal direito em troca de mera expectativa desta compensação, como acontece nos *reality shows*.

No campo do direito processual, uma das garantias mais conhecidas é a inafastabilidade do Judiciário, consagrada no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Contudo, há contratos em que o particular, no exercício de sua autonomia das vontades, firma cláusula compromissória, levando eventual litígio com a outra parte para a Arbitragem, sendo plenamente válida sua escolha, conforme já se posicionou o Supremo Tribunal Federal no SEC 5.206/Espanha. Em outras palavras, a livre renúncia do particular do seu direito de acesso ao Judiciário Estatal, em benefício do juízo arbitral, não deve ser interpretada como inaceitável.

Na verdade, a característica da indisponibilidade ou inalienabilidade deve ser estudada em paralelo com o exercício livre da autonomia das vontades. O aplicador do direito, ao analisar um caso concreto, deve buscar saber se aquele que renunciou a um direito fundamental não teve sua vontade viciada.

Assim, à guisa de exemplo, um trabalhador, desempregado, que assina documento renunciando seu direito à percepção de salário mínimo, está decidindo sob uma enorme pressão. Aceitar tal renúncia seria, assim, inconcebível, sendo plenamente aplicável a ideia de indisponibilidade neste caso.

3.3 Imprescritibilidade

Diante da ligação e da vinculação direta que os Direitos Humanos possuem com a dignidade humana, entende-se que também são imprescritíveis, no sentido de que não deixam de ser exigíveis com o decorrer do tempo. Tal fato acontece em razão da relevância de tais direitos e pela gravidade que a infração destes possui, não só do ponto de vista individual, mas também para toda a sociedade.

Importante destacar que os crimes contra alguns dos direitos fundamentais, como a vida e a liberdade, estão, sim, sujeitos às regras de prescrição. Afirmar que os Direitos Humanos são imprescritíveis não significa que os crimes contra tais direitos também o são.

3.4 Indivisibilidade, interdependência e complementaridade

Os Direitos Humanos formam um sistema indivisível, interdependente e complementar entre si. As normas sobre direitos fundamentais se complementam, garantindo, assim, a efetividade plena que elas buscam alcançar.

O fato de os Direitos Humanos estarem consagrados em diferentes tratados não retira seu caráter de indivisibilidade. Por exemplo, de forma ampla e geral, a Declaração Universal dos Direitos Humanos trata, em seu art. 14, sobre o direito que um perseguido tem de procurar e receber asilo em outros países.

Apesar de tal tema ter sido abordado na Declaração, também existe um tratado específico denominado Tratado de Genebra de 1951, que versa sobre os refugiados. Ora, poder-se-ia entender que ambas as normas são divisíveis e independentes por estarem em documentos diferentes. Contudo, verifica-se que elas são complementares e devem ser vistas como um só corpo que busca um mesmo objetivo: garantir o direito ao refúgio e à dignidade de quem se encontra nessa situação.

Outro ponto que não afeta a indivisibilidade dos direitos e das garantias fundamentais é sua classificação em gerações ou dimensões, como será visto adiante (Capítulo 2, item 11). Tal classificação é meramente didática e não pressupõe que um grupo de direitos está desvinculado do outro.

3.5 Historicidade e proibição do retrocesso

Por serem reivindicações morais de uma sociedade, os direitos humanos nascem quando devem e podem nascer. Segundo Norberto Bobbio, *os direitos humanos não nascem todos de uma vez nem de uma vez por todas*. Hannah Arendt, por seu turno, celebrizou-se por sua frase “os direitos humanos não são um dado, mas um construído”. Assim, temos que os Direitos Humanos são uma criação humana em constante mutação.

Trata-se de uma construção em que cada tijolo é um direito ou uma garantia. E o próximo tijolo só pode ser posto neste edifício na sua época apropriada.

Os Direitos Humanos possuem uma linha evolutiva. Para apresentarem as características que possuem atualmente, foram necessários milhares de anos de evolução social e humana. Com o passar do tempo, cada época histórica adicionou os direitos e valores que julgavam importantes no desenvolvimento de suas sociedades.

Isso nos mostra que os Direitos Humanos estão abertos à evolução, permitindo a inclusão de novos direitos e garantias, conforme a evolução de cada sociedade.

Entretanto, apesar da possibilidade de alguns direitos serem alterados, a característica da historicidade traz consigo a proibição do retrocesso. Não se pode simplesmente retirar um tijolo dessa construção, mas pode-se substituí-lo por um tijolo mais robusto e resistente.

Exemplo típico da historicidade é o direito à segurança alimentar, incluído no art. 6º da Constituição Federal por meio da Emenda n. 64/2010. Em outros momentos históricos, afirmar que seria dever do Estado assegurar alimentação a todos seria algo inconcebível. Atualmente, não o é.

A historicidade dos direitos humanos e, por consequência, a proibição do retrocesso estão asseguradas no art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição, que proíbe o legislador de propor emenda constitucional que busque abolir os direitos e garantias individuais.

3.6 Aplicabilidade imediata e caráter declaratório

Pela importância que os direitos humanos possuem no ordenamento jurídico, eles devem ser assegurados independentemente de norma

regulamentadora. Ou seja, pelo simples fato de terem sido declarados, já devem ser garantidos a todos. Como defende Manoel Gonçalves Ferreira Filho, são declarados para que sejam recordados, pois, de fato, eles já existem antes mesmo da sua manifestação expressa.

O Supremo Tribunal Federal, inclusive, tem constantemente consagrado tal aplicabilidade imediata nas oportunidades em que tem de analisar omissões legislativas, oportunidades em que, erroneamente, tem sido acusado de atuar como legislador, interferindo na separação dos poderes.

Um exemplo recente é o Mandado de Injunção n. 943 (MI 943), em que os autores reclamam o direito, assegurado pelo art. 7º, inciso XXI, da Constituição Federal, de “aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei”. Os mandados foram impetrados diante da omissão do Congresso Nacional que, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, ainda não havia regulamentado o dispositivo.

Ao sinalizar pela procedência dos remédios constitucionais em junho de 2011, o Supremo Tribunal Federal atuou como catalisador do Legislativo, que, rapidamente, resolveu regulamentar tal direito por meio da Lei n. 12.506/2011, editada em outubro do mesmo ano.

Em decisões anteriores sobre omissão legislativa, o Supremo Tribunal Federal por vezes apenas advertiu o Congresso Nacional da necessidade de regulamentar a omissão. Em outras, estabeleceu regras para vigerem enquanto não houvesse regulamentação legislativa.

O primeiro deles foi o MI 721, relatado pelo Ministro Marco Aurélio. Diante da omissão legislativa relativa ao § 4º do art. 40 da Constituição Federal, que confere o direito à contagem diferenciada do tempo de serviço em decorrência de atividade em trabalho insalubre, a Corte adotou como parâmetro, para a aposentadoria de uma trabalhadora que atuava em condições de insalubridade, o sistema do Regime Geral de Previdência Social (art. 57 da Lei n. 8.213/91), que dispõe sobre a aposentadoria especial na iniciativa privada.

Em um segundo caso, o MI 708, o Supremo Tribunal Federal analisou a omissão legislativa relativa ao direito de greve no serviço público (art. 37, inciso VII, da CF), determinando a aplicação das regras vigentes para o

setor privado (Lei n. 7.783/89), com as razoáveis adaptações, até regulamentação do dispositivo constitucional.

Síntese

Características dos Direitos Humanos



Capítulo 2

◆ Evolução Histórica dos Direitos Humanos

É muito importante ter em mente que ideias como *liberdade*, *igualdade*, *justiça* e tratamento digno às pessoas sempre permearam as diversas civilizações de que temos notícia por meio da História. Em maior ou menor grau, é possível visualizar tais valores em quase todos os povos, embora nem sempre protegidos pela força da lei ou de um sistema legal.

Neste capítulo, de forma sintética, destacaremos, em um primeiro momento, algumas contribuições que as principais civilizações trouxeram para esse conjunto de valores e direitos que, um dia, seria chamado de Direitos Humanos ou Fundamentais. Em seguida, veremos como os Direitos Humanos foram acolhidos pelas diversas constituições brasileiras.

1. Mesopotâmia

Em 1800 a.C., a região onde atualmente estão o Iraque e parte do Irã era conhecida como Mesopotâmia. Lá, desenvolveu-se uma civilização notável que ofereceu ao mundo jurídico a primeira lei escrita de que se tem notícia, conhecida como *Código de Hamurábi*.

Mesmo tal conjunto normativo, notabilizado pela chamada Lei de Talião (olho por olho, dente por dente), já trazia algumas noções elementares aos direitos humanos. À guisa de exemplo, no prólogo do Código há previsão de que seu objetivo é evitar a “opressão dos fracos” e “propiciar o bem-estar do povo”.

Ou seja, mesmo com formas de distribuir a justiça pouco aceitáveis nos dias de hoje, desde o primeiro código normativo da humanidade buscava-se a consecução de valores protegidos atualmente pelos direitos humanos e fundamentais.

2. Grécia

Devemos boa parte do conhecimento humano à Grécia Antiga, onde, no nosso campo de estudos, surgiram alguns valores essenciais à construção do edifício dos Direitos Humanos.

Já por volta do ano 400 a.C., dava-se ênfase à questão da igualdade e da liberdade entre os homens, ainda que exclusivamente àqueles considerados cidadãos. No mesmo período, destaca-se o ideário de Péricles a respeito de participação política e a crença na existência de um direito natural, anterior e superior a qualquer outra forma de lei escrita.

Aristóteles, em seu livro *Ética a Nicômaco*, já distinguia a noção de *justo por natureza* e *justo por lei*. Tal questão foi bem retratada por Sófocles, em sua célebre obra *Antígona*, de 441 a.C., em que a legitimidade da lei do soberano é posta em conflito com os direitos naturais.

2.1 Antígona

Na tragédia de Sófocles, Antígona é filha do Rei Édipo, e possui dois irmãos, Eteócles e Polinices, que resolvem disputar o trono do pai por meio de um duelo. No fatídico duelo, ambos morrem. Com isso, Creonte, tio de ambos, termina por tornar-se rei, e, por ser mais próximo de Eteócles, resolve conceder um funeral digno apenas a este, proibindo que qualquer pessoa tocasse o corpo de Polinices, que deveria ficar no mesmo lugar onde caiu. Estabeleceu pena de morte para quem descumprisse a norma.

Ao tomar conhecimento da norma real, Antígona se revolta contra as ordens do Rei, pois acreditava, assim como grande parte da população, que o funeral digno era direito natural das pessoas, não podendo ser suprimido pela vontade do rei ou de qualquer outro.

Assim, Antígona resolve roubar o cadáver insepulto do irmão e tenta enterrá-lo com as próprias mãos. Entretanto, no momento em que pratica o ato, é presa e condenada à morte.

O final de tal tragédia é de extrema tristeza para o Rei Creonte, que editara a norma injusta e contrária ao direito natural. Seus atos desencadeiam uma série de mortes na sua própria família. Seu filho, Henon, ao saber da morte de Antígona, de quem era noivo, comete suicídio. Ao saber da morte do filho, a esposa de Creonte também se mata.

Tal peça é bastante significativa para os Direitos Humanos. Sófocles nos deixa evidente que, já naquela época, havia discussões a respeito dos limites

ao exercício do poder de um soberano. Além disso, traz-nos a ideia de direito permanente e eternamente válido, independente de legislação, de convenção ou de qualquer outro expediente imaginado pelo homem, protótipo de noção de direito natural que surgiria mais tarde.

2.2 Platão e a República

Ainda na Grécia Antiga, tivemos o desenvolvimento do conceito de república, que nos fora trazido por Platão, em sua importante obra *República*. Nos textos que compõem a obra, são desenvolvidos o conceito e a estrutura de uma sociedade perfeita na visão de Platão.

A república, para ele, é a *coisa pública*. Nela, o poder seria exercido por meio da meritocracia. Os indivíduos estudariam a filosofia, e aquele que chegasse aos 50 anos, e demonstrasse ser o mais sábio, seria o dirigente da sociedade.

Ainda nessa obra, Platão desenvolve a teoria de justiça. Para ele, o justo é a defesa dos direitos, o bom e o sábio. E ainda, que é dever da justiça exceder os atos de injustiça, garantindo, assim, o respeito aos direitos.

2.3 Democracia

A democracia na Grécia Antiga serviu de fundamento para o conceito de democracia contemporâneo. Na vigência de tal regime, qualquer cidadão poderia governar a *polis*, sendo apenas necessário que tivesse sido escolhido pela maioria. Insta frisar que eram considerados cidadãos todos os homens livres com mais de 18 anos que tivessem prestado o serviço militar.

É interessante notar que as mulheres, os estrangeiros e os escravos não eram considerados cidadãos. Esses três grupos de indivíduos viviam à margem da sociedade e não possuíam legitimidade para participar da vida política.

Também se deve considerar a importância das Leis de Sólon no pensamento jurídico da época. Elas, que substituíram as leis de Drácon, possuem características que demonstram ser mais justas que as antigas e também promoveram o aumento da participação popular na política. Entre as principais medidas, podemos citar a abolição da escravidão por dívidas, o

direito ao voto e a eliminação de alguns excessos que marcavam a punição de crimes.

3. Roma

Em Roma, ocorreram grandes evoluções na concepção dos direitos, as quais foram promovidas pelas primeiras leis escritas do direito romano, chamadas de **Lei das XII Tábuas**. Essas leis foram originadas das revoltas de plebeus de 494 a.C., que reivindicavam mais clareza em relação às leis a que estavam submetidos.

As leis agrupavam grande parte dos direitos e deveres dos cidadãos e previam punições severas a quem as desrespeitasse.

Assim, foram asseguradas garantias como a previsibilidade e a anterioridade da pena (*nullum crimen, nulla poena, sine praevia lege poenale*). Em outras palavras, a população tinha direito de ser julgada apenas por crimes e infrações já previstos por leis escritas.

A ideia de Lei Natural também estava presente na concepção de direito romana. Cícero, grande pensador humanista e estadista da época, afirmava que as leis naturais não podiam ser revogadas pelo poder público nem pelo povo, posto que é por meio dessas leis que haveria justiça de fato. Sendo assim, as leis naturais serviriam de princípios norteadores para a construção das estruturas organizacionais de todas as sociedades.

Nesse contexto, os romanos concediam alguns direitos aos estrangeiros, embora inferiores aos dos indivíduos que viviam em Roma ou em cidades adjacentes. Aos estrangeiros ficava garantido o direito a exercer o comércio, a casarem com pessoas que residissem em território adjacente a Roma e a serem incluídos como beneficiários de testamentos.

De fato, percebe-se que não havia igualdade entre estrangeiros e os cidadãos romanos. Entretanto, não se pode negar que houve significativos avanços no que concerne ao direito de estrangeiros.

4. A tradição judaico-cristã

Uma influência crucial na formação dos direitos humanos vem da tradição judaica e, posteriormente, do cristianismo. Tais religiões têm um papel decisivo na formação da cultura ocidental como um todo e, no aspecto jurídico, não poderia ser diferente.

No Mundo Antigo, em especial na Grécia e em Roma, apenas os cidadãos eram vistos como titulares de direitos. Aos estrangeiros, como visto, apenas alguns direitos eram conferidos e, mesmo assim, após muita luta e sofrimento.

Um dos povos estrangeiros que sofreu perseguição desde épocas remotas é o povo judeu. No século XV a.C., foram escravizados pelos egípcios, lá permanecendo durante vários anos até que pudessem fugir, liderados por uma das principais figuras do judaísmo: Moisés. Tal história está contada no livro do Êxodo, considerado sagrado tanto para judeus como para cristãos.

Nesse livro, fica previsto que “não maltratarás o estrangeiro, nem o oprimirás, pois estrangeiro foste na Terra do Egito” (Êxodo, 22:21). Tal previsão de respeito ao não cidadão pode ser considerada como a gênese do princípio da dignidade da pessoa humana, viga mestra de todos os sistemas de proteção dos direitos humanos.

E esse respeito pregado por judeus e cristãos não é algo isolado no meio da Bíblia ou do Talmude. Ele se baseia na ideia de que Deus criou o homem à sua imagem e semelhança, algo basilar tanto no judaísmo como no cristianismo. Em outras palavras, em cada ser humano há um pouco de Deus, o que o torna digno de respeito.

Tal ideia basilar seria passada dos judeus aos cristãos, que adotariam uma religião ainda mais universal. Passagem marcante dessa universalidade é a Epístola aos Gálatas, em que se lê que “não há judeu nem grego, não há escravo nem homem livre, não há homem nem mulher: todos vós sois um só em Cristo” (Epístola aos Gálatas, 3:28).

E tal influência não se limitaria à dignidade da pessoa humana e ao tratamento isonômico. Muitos séculos depois, Santo Agostinho e São Tomás de Aquino, grandes figuras do cristianismo, tornar-se-iam doutrinadores essenciais aos Direitos Humanos.

4.1 Santo Agostinho

A doutrina de Santo Agostinho (354-430 d.C.) tem um importante papel para a formação da noção de Direito Natural absoluto. Ele considerava algumas criações humanas, como o governo, o direito e a propriedade, produto do pecado.

Agostinho dividia as normas existentes no mundo em *leis terrenas* e *leis eternas*, oriundas de Deus. A Igreja, como guardiã da Lei de Deus, poderia intervir nas instituições da lei terrena quando julgasse oportuno. Para Santo Agostinho, se as leis terrenas (*lex temporalis*) contiverem disposições claramente contrárias às leis eternas, não terão vigência nem deverão ser obedecidas.

Assim, as leis terrenas devem fundar-se nas leis eternas, respeitando-as. Considerando que Santo Agostinho é um dos primeiros teóricos da Igreja Católica, tais noções podem, sem dúvida, ser interpretadas como fundamento de uma autoridade eclesiástica superior à autoridade dos reis. Contudo, não se pode negar que tal noção serviria, em muito, à humanidade para a consolidação da noção de direitos e garantias que se sobrepõem às normas legais ilegítimas.

4.2 São Tomás de Aquino

São Tomás de Aquino, muito tempo depois, no século XIII, classificará as leis em três categorias: *as Leis Divinas*, aquelas ditadas por Deus e presentes na Bíblia e nos Evangelhos; *as Leis Naturais*, normas produzidas pela razão divina e conhecidas pela razão humana; e *as Leis Humanas*, que, para ele, eram as leis que surgiam de uma junção das duas primeiras.

As Leis Naturais e as Leis Divinas não deveriam ser negadas pelas Leis Humanas, pois naquelas é que estava a vontade de Deus ou o *bem*. Além disso, São Tomás se notabilizará pela importância que deu ao *livre-arbítrio* do homem, consagrando a ideia de liberdade.

5. As revoluções burguesas e as ideias liberais

No fim do século XV, surge na Europa a figura do Estado moderno e, com ele, a do monarca absoluto, que tinha um poder ilimitado sobre seus súditos, devendo satisfações apenas a Deus.

No período, vários teóricos surgiram para justificar o Estado e o poder absoluto dos reis. Entre tais escritores, destaca-se Thomas Hobbes, com o seu *Leviatã*, no qual esclarecia que, no estado de natureza, o homem tenderia a se exterminar, pois viveríamos em permanente estado de guerra de todos contra todos.

Para ele, todos os homens seriam naturalmente egoístas e trariam em si um permanente desejo de obter cada vez mais poder, o que causaria constantes conflitos.

Para evitar tais conflitos, os homens se reuniriam em sociedade e criariam uma instituição chamada Estado, representada pelo *soberano* que concentraria todo o poder. Hobbes, então, para ilustrar o que seria esta nova instituição, a compara ao monstro bíblico do *Leviatã*, criatura marinha tão poderosa que apenas Deus poderia detê-la. Na capa de seu livro, o monstro é formado por diversos homens unidos, representando que o Estado é formado por essa união de indivíduos.

Contudo, a partir do momento em que os indivíduos passaram tal poder ao Estado, coube ao soberano tomar todas as atitudes e decisões para assegurar que a guerra de todos contra todos não ocorresse. Nessa função, o soberano teria um poder absoluto, sendo juiz dos seus próprios atos e prestando contas apenas a Deus.

Essa seria a ideia fundamental que teóricos como Maquiavel utilizariam posteriormente para justificar o poder dos reis absolutos. Não é de surpreender que, com tamanho poder, diversos abusos tenham sido cometidos. Guerras movidas por vaidade, perseguições políticas, utilização de tortura e de penas cruéis, além da divisão da sociedade em Nobreza, Clero e Povo, eram alguns exemplos.

Em resposta, surgiram as ideias iluministas e liberais, que em muito impactariam a humanidade.

Os iluministas de maior destaque são Spinoza, Locke, Rousseau e Descartes. De forma geral, acreditavam que a razão humana era o centro do universo.

Entre os liberais, destacamos o pensamento de *Adam Smith*, que em seu livro *A riqueza das nações* cria a teoria da *Mão Invisível do mercado*, segundo a qual o Estado não deveria intervir na economia, uma vez que o mercado se autorregularia. O Estado deveria apenas assegurar a propriedade e a segurança dos indivíduos.

A humanidade, em especial a burguesia, não suportava mais um Regime com tanta intervenção e tantos abusos. E ele ruiria de forma violenta por toda a Europa, por meio das revoluções burguesas.

Destacaremos, entre as várias revoluções ocorridas no período, aquelas que mais impactaram o mundo ocidental e os direitos humanos fundamentais.

5.1 A Revolução Gloriosa

No início dos anos 1600, a Inglaterra estava em pleno desenvolvimento. No século anterior, o território foi unificado e a Igreja Católica foi afastada do poder e da Grã-Bretanha com o advento da Igreja Anglicana. Diante ao fato de Elizabeth I, da dinastia Tudor, não ter deixado descendentes, Jaime I, da dinastia escocesa Stuart, subiu ao trono.

Jaime I pretendia governar sem o Parlamento, desrespeitando o que determinava a Carta Magna de 1215. Para isso, invocava a teoria da origem divina do poder real. Para piorar as coisas, os conflitos entre governante e governados eram constantes, propiciando o início da imigração para a América do Norte.

O filho de Jaime I, Carlos I, sucede seu pai no comando da Inglaterra. O conflito com o Parlamento é constante. As tentativas de impor o Anglicanismo na Escócia e na Inglaterra ainda provocam a Revolução Puritana.

O clima era de guerra civil, e esta de fato ocorre em 1642. Com a guerra, surge um novo líder militar e político no Parlamento: Oliver Cromwell. Seguindo sua liderança, o parlamento cria um novo exército, adotando um modelo mais democrático baseado na meritocracia e possuidor de participação política (*New Model Army*).

Em 1649, Carlos I é preso e decapitado, sendo proclamada a República. Sob o título de *Lord Protector*, Oliver Cromwell se transforma em ditador vitalício. Sob seu governo, os feudos ainda existentes na Inglaterra foram eliminados e as terras da Igreja e do rei foram confiscadas e doadas a produtores rurais. Houve, também, enormes avanços marítimos, o que propiciou a hegemonia inglesa sobre os mares. No entanto, após a morte de Cromwell, em 1658, seu filho, por não ter a mesma autoridade com o exército, não consegue dar continuidade à República.

Com o apoio do exército escocês, o parlamento resolve restaurar a monarquia proclamando Carlos II rei da Inglaterra. Havia grande proximidade entre Carlos II e o rei da França, Luís XIV, fazendo com que o

parlamento se dividisse quanto ao novo governo. Em 1685, Carlos II foi sucedido por Jaime II, que buscou restabelecer o absolutismo e o catolicismo na Inglaterra.

Tal fato não agradava a nenhum dos dois lados do Parlamento e, com isso, passaram a conspirar para depô-lo do trono. Após a República de Cromwell e com tamanha falta de percepção do monarca, era natural que a força da monarquia decaísse.

Em 1688, o Parlamento impõe, como condição para empossar Maria, filha de Jaime II, e Guilherme de Orange, rei dos Países Baixos, a assinatura de uma Declaração de Direitos (*Bill of Rights*), que garantia a legalidade do parlamento em controlar de diversas formas os poderes do monarca.

A *Bill of Rights* se torna, assim, a primeira declaração moderna a limitar os poderes de um soberano pela vontade do povo, representado pelo Parlamento. O arbítrio estatal começava a conhecer limites.

5.2 A Revolução Americana

Um dos pilares econômicos das monarquias absolutas eram as colônias ultramarinas. A quase totalidade dos reinos europeus mais expressivos tinha possessões coloniais, especialmente no Novo Continente, que era a América.

A Inglaterra no século XVIII era a principal potência econômica e naval do mundo. Suas maiores colônias ficavam na América do Norte e eram bastante prósperas, adotando um modelo de colonização em que o povoamento era mais estimulado que a simples exploração.

Boa parte dos colonos fugira do regime absolutista inglês e do clima de constante perseguição religiosa existente na Inglaterra da época. A terra nova era formada por pessoas de diversas origens que buscavam paz e prosperidade, esquivando-se sempre da opressão.

Ocorre que o tratamento dispensado a tais colônias era de elevada taxaço e de pouco retorno por tais tributos. No final do século XVIII, a maioria dos americanos já não estava mais satisfeita com tal tratamento e começara a conspirar a proclamação de sua independência. Tal decisão não seria de fácil implementação, uma vez que seria necessário enfrentar uma guerra com a maior potência militar daquela época: o Império Britânico.

Em tal luta, os americanos contaram com a ajuda, sobretudo naval, do Marquês de Lafayette, que venceu várias lutas contra a frota inglesa. Lafayette, amigo próximo de Thomas Jefferson, poucos anos depois, seria um dos revolucionários franceses.

Vencida a guerra de Independência, os revolucionários americanos fundariam o primeiro Estado baseado nos direitos fundamentais: os Estados Unidos da América.

Na sua Declaração de Independência, tal influência dos direitos fundamentais fica bastante clara. Ao justificar a separação, afirmam que ela se baseia na *Lei Natural*.

Em seguida, sustentam que consideram “estas verdades como evidentes por si mesmas: que todos os homens foram criados iguais, foram dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade”.

Não bastasse tal declaração expressa sobre a igualdade de todos os homens, os revolucionários americanos ainda trariam, neste documento, o direito de resistência à opressão, afirmando que

[...] a fim de assegurar esses direitos, governos são instituídos entre os homens, derivando seus justos poderes do consentimento dos governados; que, sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva de tais fins, cabe ao povo o direito de alterá-la ou aboli-la e instituir novo governo, baseando-o em tais princípios e organizando-lhe os poderes pela forma que lhe pareça mais conveniente para realizar-lhe a segurança e a felicidade. (Declaração de Independência norte-americana)

Tais palavras têm um valor histórico imensurável e colocaram os Estados Unidos da América em uma posição de vanguarda no assunto dos direitos fundamentais. Até hoje, políticos estadunidenses continuam a evocar os valores dos Pais Fundadores (*Founding Fathers*) como forma de angariar votos.

Apesar do caráter vanguardista, a Declaração de Independência e a Constituição Americana não asseguraram uma igualdade efetiva a todos os americanos, especialmente aos de origem africana. A escravidão não foi abolida de imediato, o que só ocorreu após uma violenta guerra (Guerra de

Secessão) que, por pouco, não comprometeu a união dos Estados revolucionários.

A questão racial continuou, até a segunda metade do século XX, sendo um problema de extrema gravidade para os Estados Unidos, demonstrando que os valores trazidos pelos Pais Fundadores não eram simples de serem implementados.

Além disso, os Estados Unidos no fim do século XVIII eram uma colônia distante da Europa e com praticamente nenhuma influência no Velho Continente. Seria necessária uma revolução sangrenta na França para que os valores dos Direitos Humanos se espalhassem pela Europa.

5.3 A Revolução Francesa

A situação econômica e social da França no século XVIII era crítica. Além da maior parte da riqueza do país se originar da agricultura, que carecia de técnicas modernas de cultivo, a maioria dos camponeses ainda vivia sob o regime de servidão.

O Estado francês era dividido em três “classes” de pessoas, denominadas “estados”. O 1º Estado era composto do alto clero, que não pagava impostos. No 2º Estado, ficavam os nobres, que possuíam privilégios intocáveis, vivendo junto ao Rei e recebendo pensão ou, simplesmente, não pagando nenhum tipo de tributo. No 3º Estado, ficavam os burgueses e os camponeses, que pagavam altíssimos impostos, sustentando as demais classes sociais.

Com os elevados gastos da nobreza e da péssima gerência de recursos do rei Luís XIV, o Estado francês estava com um déficit muito alto e sua população, de maneira geral, passava por grandes necessidades. A solução encontrada pelo soberano foi convocar os Estados Gerais para uma assembleia.

Logo na abertura da assembleia, ocorreram desentendimentos entre o Rei e os representantes do 3º Estado. Eles queriam que as reuniões fossem em conjunto com todos os Estados, diferentemente do Rei. Este, ao ser contrariado, resolve dissolver a reunião.

Os representantes do 3º Estado se revoltam com a atitude do Rei. No dia 14 de julho de 1789, a população se rebela contra a ordem vigente e vai às ruas, derrubando um dos símbolos do poder real: a prisão da Bastilha.

O povo se organiza em Assembleia Geral Constituinte e em 26 de agosto aprova a **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**, um verdadeiro código dos direitos humanos reconhecidos à época.

Essa declaração, em seu primeiro artigo, já definia que *todos os homens nascem e permanecem livres em direitos*. Em 17 artigos, a Declaração busca seguir o *slogan* da revolução: **liberdade, igualdade e fraternidade**.

Temas como a liberdade de expressão, a previsão de que nenhum homem seria preso se não por descumprimento da lei, a legalidade dos atos públicos, elementos de democracia direta e direitos naturais eram previstos e resguardados a todos os homens.

O princípio da legalidade também foi contemplado na Declaração francesa, ficando estabelecido, no seu art. 5º, que a lei só pode proibir as ações nocivas à sociedade. Tudo o que não é vedado pela lei não pode ser obstado, e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene.

Tal declaração seria ensinada nas escolas primárias francesas de forma semelhante à tabuada, fazendo com que todos os franceses tivessem acesso aos direitos fundamentais. Tal ensino foi retratado no filme *Danton: o processo da Revolução*, do cineasta Andrzej Wajda.

Esse processo de espalhar os valores iluministas e dos revolucionários franceses pelo continente seria completado por Napoleão Bonaparte, figura que surgiria após alguns anos de terror revolucionário para se firmar como soberano francês.

Com sua estratégia expansionista e com suas célebres guerras, Napoleão depôs uma série de governos absolutistas na Europa, espalhando as ideias revolucionárias pelo continente, ao custo de muitas batalhas sangrentas.

Importante destacar que os valores trazidos pela Revolução Francesa e pelas demais revoluções liberais ou burguesas são considerados a *primeira geração dos direitos humanos*, expressão que será abordada no item 11 deste capítulo.

6. A Revolução Industrial e o marxismo

As revoluções burguesas impactaram bastante a humanidade ao limitar o arbítrio estatal. Entretanto, o intento de proclamar a igualdade entre todos os homens restou claramente frustrado.

À guisa de exemplo, enquanto os americanos afirmavam que “todos os homens nascem livres”, mantinha-se intacto o regime de escravidão negra. Na França, por sua vez, declarava-se que “todos os homens nascem e permanecem livres e iguais em direito”, mas adotava-se voto censitário, ficando a democracia restrita àqueles que tivessem posses.

Concomitante a tais revoluções, houve um grande desenvolvimento tecnológico entre os séculos XVIII e XIX. A invenção do motor a vapor mudaria por completo os processos produtivos, aumentando em muito a produção e a riqueza no período.

Surgiam as grandes fábricas, em oposição às oficinas dos artesãos. Antes delas, os artesãos controlavam todo o processo produtivo, desde a obtenção da matéria-prima até sua comercialização.

Com o advento das fábricas, as pessoas passaram a operar máquinas capazes de produzir muitas vezes mais que um só artesão. Contudo, todas as etapas do processo produtivo eram controladas pelos industriais.

Com todo o controle da produção, os industriais passaram a explorar abusivamente os trabalhadores. Durante o início da Revolução Industrial, os operários viviam em condições extremamente degradantes se comparadas às condições dos trabalhadores atuais.

Muitos dos trabalhadores tinham um cortiço como moradia e ficavam submetidos a jornadas de trabalho que chegavam até 80 horas por semana. O salário era medíocre, e tanto mulheres como crianças também trabalhavam, recebendo um salário ainda menor.

Os operários, então, passaram a se organizar para pressionar os industriais por melhores condições de vida. Nascia, assim, o *sindicalismo*.

Tal exploração exagerada dos trabalhadores e a consequente desigualdade entre os industriais e o resto da população fizeram com que os ideais das revoluções burguesas parecessem mera peça de ficção. Com isso, do ponto de vista político e acadêmico, floresceram o socialismo e o comunismo, representados, sobretudo, por seu principal teórico, Karl Marx, que, com Friederich Engels, lançou, em 1848, o *Manifesto Comunista*.

Em tal texto, Marx incita os trabalhadores de todo o mundo a se unir e lutar contra aqueles que os exploravam. A luta de classes seria uma das principais temáticas do século XIX.

E a união dos trabalhadores produziu efeitos consideráveis. Ao longo do século, vários direitos foram consagrados ao trabalhador. A expressão Direito do Trabalho, inclusive, vem à tona nesse momento histórico.

Ao longo do século XIX, surgiram leis que limitariam o trabalho infantil, como a Lei de Peel, de 1802, na Inglaterra, e a Lei de Proibição do Trabalho do Menor de 8 anos, editada em 1814 na França. Em 1833, as Leis de Bismarck, na Alemanha, dariam melhores condições ao trabalhador. Em 1866, a Itália teria sua lei de controle do trabalho do menor e da mulher.

Mesmo assim, a igualdade pregada pelas revoluções burguesas dava a impressão de uma criação artística. Apesar do elevado grau de humanidade encontrado nas Declarações revolucionárias, a população desejava que a igualdade ali proclamada fosse efetiva.

Por isso, lutariam para que houvesse *igualdade nos pontos de partida*. Em outras palavras, caberia ao Estado garantir não apenas a propriedade e a segurança aos cidadãos, como proclamavam os liberais, mas também que todos tivessem oportunidades de se desenvolver de forma parecida. Era o nascimento dos direitos sociais e econômicos, que mais tarde seriam chamados de *direitos de segunda geração*.

7. A Primeira Guerra Mundial

A Primeira Guerra Mundial foi um conflito bastante sangrento que, talvez pela proximidade e maior violência da Guerra que a sucederia, costuma ser pouco lembrado quando se fala de sua importância para os Direitos Humanos.

No entanto, foi nesse conflito que ocorreu o primeiro genocídio do século XX, com a tentativa turco-otomana de exterminar os armênios. Entre 1915 e 1917, durante a guerra e o governo dos chamados *Jovens Turcos*, o exército turco assassinou ou levou à morte entre 600 mil e 1 milhão de armênios, com a intenção de exterminar sua presença cultural, sua vida econômica e seu ambiente familiar. E isso em virtude de acreditarem que todos os armênios, por serem cristãos, eram aliados dos russos.

Tal genocídio, contudo, não teve a mesma divulgação e notoriedade que o genocídio judeu, que aconteceria alguns anos depois. Na verdade, seus responsáveis sequer foram punidos e o governo turco, até hoje, nega sua ocorrência. Entretanto, a História o confirma e a impunidade do genocídio

armênio gerará, no futuro, mais pressão por penas severas aos responsáveis pelo genocídio judeu.

A Primeira Guerra, porém, não é importante para os Direitos Humanos apenas pelos terríveis acontecimentos ocorridos. Ao seu término, surgiria a primeira organização internacional com a finalidade de manutenção da paz: a Liga das Nações. Tal entidade, embora fracassada, expressou ainda, de forma genérica, disposições referentes aos direitos humanos, reforçando a necessidade de relativizar a soberania dos Estados, quando estes atuassem de forma a desrespeitar tais direitos.

Insta lembrar que a Primeira Guerra acaba com a assinatura do tratado de Versalhes. Por meio dele, definiram-se as condições de paz entre os Aliados e a Alemanha. Entre as cláusulas, estabeleceu-se a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), fundamental para a consolidação e internacionalização dos direitos trabalhistas.

8. A Constituição de Weimar

Após a Primeira Guerra, a Alemanha encontrava-se em condição de grave instabilidade econômica e política. As instituições políticas estavam desmoralizadas e a situação social era crítica.

Diante desse contexto, não havia clima para que as reuniões da Assembleia Constituinte convocada se realizassem em Berlim. Assim, ela se reuniu em Weimar, cidade do interior muito influenciada pela figura do poeta Goethe.

Em 1919, é elaborada e promulgada uma nova Constituição para a Alemanha republicana. Nela, foram instituídas garantias sociais como o direito à sindicalização, à previdência social, à repartição de terras, entre outras.

A preocupação desta Constituição com as questões sociais influenciaria diversas Constituições ao redor do mundo. Costuma-se citar Weimar, em conjunto com a Constituição Mexicana de 1917, como as Constituições pioneiras na área de Direitos Sociais.

A mudança da atitude esperada do Estado é substancial. A partir de Weimar, não cabe a ele apenas se abster de condutas abusivas para que as liberdades públicas sejam respeitadas. Espera-se, agora, um Estado com condutas positivas em favor de seus cidadãos.

9. A Segunda Guerra Mundial e o Holocausto

Poucos anos depois, o mundo entraria em guerra novamente, apesar dos esforços da Liga das Nações. Em 1939, após sucessivas agressões alemãs a países vizinhos, eclodia a Segunda Guerra Mundial.

E, neste conflito, houve algo inimaginável até então. Um Estado, deliberadamente, implementou uma máquina de extermínio das populações indesejadas. O principal alvo eram os judeus e seus descendentes, mas a máquina de matar nazista também perseguiu ciganos, homossexuais e deficientes mentais.

No Japão, a invasão da Manchúria também deixou milhares de mortos e de mulheres agredidas sexualmente.

Tais abusos impactaram o mundo de tal forma que uma resposta à humanidade era essencial. Não era possível ficar estático. Os Aliados, vencedores do conflito, providenciaram o julgamento dos nazistas em Nuremberg e dos generais japoneses em Tóquio, em Tribunais militares, que sofreram diversas críticas no mundo jurídico, mas que, dentro do possível, condenaram diversos criminosos detidos ao fim do conflito.

Entretanto, algo mais necessitava ser feito de forma a assegurar que desrespeitos aos direitos fundamentais daquela magnitude não se repetissem. E isso foi realizado por meio das Nações Unidas, organização internacional criada, logo depois do término desse grande conflito, fazendo surgir o Sistema Global de Proteção aos Direitos Humanos, que será estudado no Capítulo 4.

10. A criação das Organizações Internacionais e seu papel nos Direitos Humanos

Com o fim da Segunda Guerra e a “descoberta” do Holocausto pelo mundo ocidental, diversas foram as pressões para que tais fatos nunca mais se repetissem. A explosão da bomba atômica em Hiroshima e Nagasaki fez a humanidade perceber que o próprio homem poderia colocar um fim ao planeta. Tais fatos vão alterar substancialmente o imaginário humano e, por consequência, a disposição das nações para aceitar acordos.

O fato é que, nos períodos de guerra, o ser humano tem um profundo abalo psicológico. Afinal, uma das noções básicas da humanidade é o

respeito à vida. Na guerra, esse direito à vida é suprimido, havendo autorização expressa para matar. Não por acaso os grandes projetos de paz do mundo (entre eles o manifesto pela Paz Perpétua de Immanuel Kant) surgem na sequência de grandes conflitos.

A Organização das Nações Unidas surge neste contexto de anseio pela paz. Seu objetivo principal é o de “preservar as gerações futuras do flagelo da guerra”. E sua forma de atuar foi, sobretudo, *declarar* os direitos que considerava fundamentais e que precisavam ser respeitados por todos os Estados.

Para se ter ideia, na Carta de Fundação da ONU, os direitos humanos foram considerados no Preâmbulo, nos arts. 1º, § 3º; 13, § 1b; 55, c; 56; 62 § 2º; 64; 68; 73; 76, c. Tal fato é um claro contraste em relação ao Pacto da Sociedade das Nações, que contemplava apenas um artigo (art. 23) à matéria.

Além da Carta, a ONU iniciaria um processo de internacionalização dos Direitos Humanos essencial para que chegássemos ao estágio atual, com a criação do Sistema Global de Direitos Humanos que analisaremos no Capítulo 4.

CIVILIZAÇÃO/EVENTO HISTÓRICO	FATOS RELEVANTES PARA OS DHs
Mesopotâmia	Código de Hamurábi Lei de Talião
Grécia	Platão e a República – Noção de cidadania – Fundamentos para a democracia contemporânea Noção de Lei Natural
Roma	Lei das XII Tábuas Direito dos Estrangeiros
Tradição Judaico-cristã	Dignidade da Pessoa Humana – Lei Terrena – Lei Eterna
Revolução Gloriosa	<i>Bill of Rights</i> Limites ao poder do Soberano
Revolução Americana	Declaração de Independência – Lei Natural – Igualdade entre os Homens
Revolução Francesa	Declaração de Direitos do Homem – Igualdade perante a lei – Princípio da Legalidade
Revolução Industrial e o marxismo	Aumento da Desigualdade Manifesto do Partido Comunista Ideia de igualdade material
Primeira Guerra Mundial	Liga das Nações Tratado de Versalhes Organização Internacional do Trabalho
Constituição de Weimar	Direitos Sociais
Segunda Guerra Mundial e o Holocausto	Organização das Nações Unidas

11. O surgimento da expressão “gerações de direitos humanos”

Após a Segunda Guerra, o mundo estava dividido entre um Ocidente capitalista, democrático e liberal, e um Leste socialista, ditatorial e estatizante.

Para o mundo liberal, capitaneados pelos Estados Unidos da América, os Direitos Humanos deveriam se cingir ao estabelecimento de limites ao arbítrio estatal e ao estabelecimento da democracia participativa. Em outras palavras, bastaria aos governos assegurar aos homens a igualdade perante a lei que os direitos sociais viriam como consequência do próprio sistema capitalista.

Por seu turno, para o mundo comunista, a igualdade formal concedida pelos Estados capitalistas era mera hipocrisia, pois seus cidadãos iniciavam suas vidas de pontos de partida de tal forma distintos que seria impossível um dia serem, de fato, iguais.

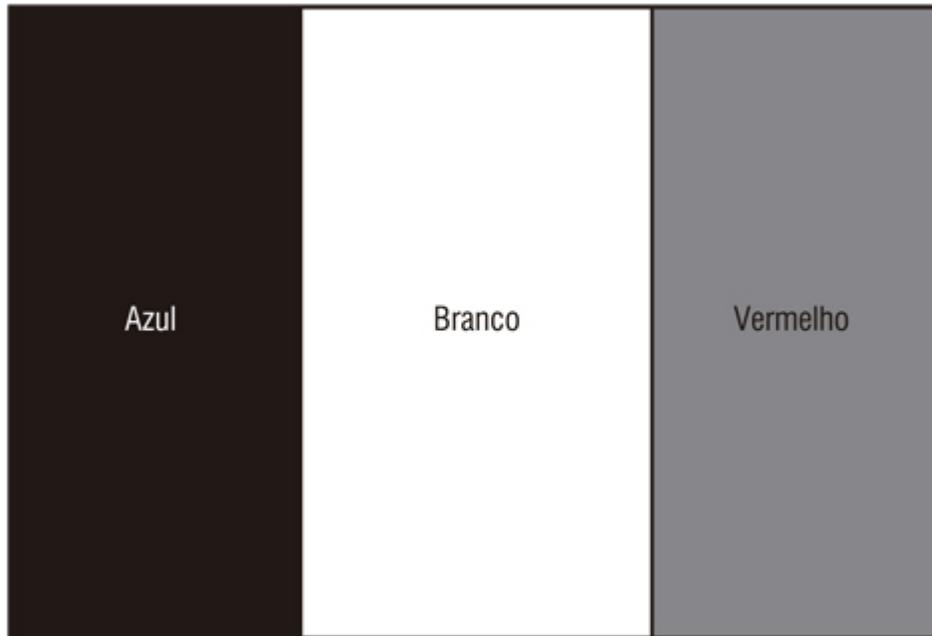
Assim, seria necessário às sociedades passar por um período de limitação nas liberdades individuais e por um processo estatizante dos meios de produção para que se chegasse, um dia, a uma sociedade igualitária.

O mundo se dividia em comunistas e capitalistas, e esta divisão chegara também ao debate sobre Direitos Humanos. Tanto que, para a assinatura do tratado sobre Direitos Humanos da ONU, em 1966, foi necessário dividi-lo em Pacto dos Direitos Cíveis e Políticos e Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de forma a permitir que ambos os blocos assinassem os tratados que mais desejassem.

Em 1979, um jurista tcheco, Karel Vasak, foi convidado a realizar uma palestra sobre Direitos Humanos em Estrasburgo, França. Segundo conta o Professor Antônio Augusto Cançado Trindade, como o Professor Vasak estava sem muitas ideias sobre como tornar sua apresentação interessante, resolveu traçar um paralelo entre os Direitos Humanos e a bandeira francesa, internacionalmente conhecida.

A bandeira tricolor francesa tem uma forte carga de significado. É fácil associá-la à Revolução Francesa e à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Com efeito, tal bandeira surgiu neste momento histórico e cada

uma de suas cores representa um dos valores trazidos pela Revolução. O azul seria a cor da liberdade, o branco representaria a igualdade, enquanto o vermelho retrataria o valor da fraternidade ou solidariedade.



Assim, Vasak profere sua palestra apresentando uma classificação para os Direitos Humanos em *gerações*, considerando para isso o momento histórico em que surgiram.

Para o jurista tcheco, a **primeira geração** de direitos humanos seria a dos *direitos civis e políticos*, que surgiram nas revoluções burguesas (como a Francesa e a Gloriosa) e teriam seu fundamento na ideia de liberdade (*liberté*, representada pela cor azul da bandeira francesa), pois são formas de se limitar o arbítrio estatal.

Já a **segunda geração** seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, surgidos no século XIX, como resposta comunista às desigualdades trazidas pela Revolução Industrial. Tais direitos seriam uma forma de assegurar a igualdade dos pontos de partida e têm seu fundamento no valor da igualdade (*égalité*, representada pelo branco da bandeira francesa).

A **terceira geração**, na lição de Vasak, seria representada pelo direito ao desenvolvimento, pelo direito a um meio ambiente sustentável e pelo direito

à paz, valores ligados diretamente à ideia de solidariedade e fraternidade (*fraternité*, representado pelo vermelho da bandeira francesa).

A ideia de Vasak era bem despretensiosa: tornar sua palestra em Estrasburgo mais interessante e didática. Contudo, o jurista tcheco criou, com tal classificação, algo que ficaria conhecido como a Teoria das Gerações de Direitos, utilizada, com algumas modificações, até os dias de hoje.

A primeira crítica que se faz à classificação dos direitos em “gerações” é a de que tal termo passa uma ideia de hierarquia entre os direitos. Para tais críticos, como Bobbio, há no subconsciente coletivo a percepção de que uma geração posterior seria superior à que lhe antecedeu, **algo que não é verdade quando falamos de Direitos Humanos.**

Um bom exemplo disso é o mundo da informática. Com os *tablets*, costumamos pensar que o Tablet de Segunda Geração é melhor que o *Tablet* de Primeira Geração. E o mesmo vale para os *smartphones* ou mesmo para os computadores pessoais.

Valendo-se de tal percepção equivocada, é bastante comum nos exames universitários e nos concursos em que se exploram direitos humanos tentar levar o candidato ao erro, afirmando que, por exemplo, a segunda geração de direitos é superior à primeira.

Tal afirmação é falsa, pois **não há hierarquia entre direitos e garantias fundamentais.** A classificação de Vasak é meramente didática, cujo objetivo é facilitar a compreensão do momento histórico em que tais direitos foram assegurados.

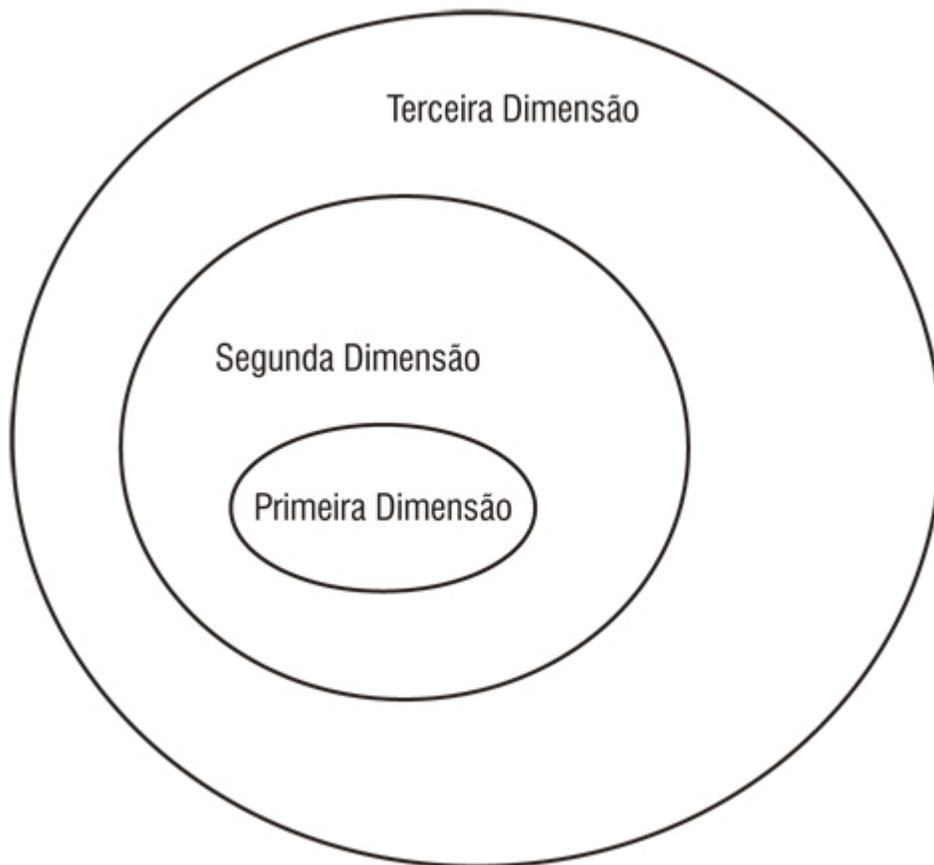
Primeira Geração	Direitos Civis Direitos Políticos
Segunda Geração	Direitos Econômicos Direitos Sociais Direitos Culturais
Terceira Geração	Direito ao Desenvolvimento Direito ao Meio Ambiente Direito à Paz

12. A classificação em dimensões dos direitos humanos

Em virtude das aparentes confusões que o termo “gerações” poderia causar, boa parte da doutrina prefere utilizar a expressão “dimensões”, para classificar os direitos humanos. Essa é a expressão que mais condiz com a doutrina atual e a que recomendamos que seja adotada em provas dissertativas.

Contudo, em quase nada a classificação é alterada, ficando a **primeira dimensão** para os direitos civis e políticos, a **segunda** com os direitos econômicos, sociais e culturais, e a **terceira** com o direito a um meio ambiente sustentável, o direito à paz e ao desenvolvimento.

A ideia de *dimensões* nos remete a um círculo concêntrico, em que um direito não se sobreporia ao outro, formando um círculo uno e indivisível, da forma como os direitos humanos devem ser vistos.



Embora tanto a teoria das *gerações* como a teoria das *dimensões* não tenham qualquer valor, senão o de classificação didática, o Supremo Tribunal Federal tem, em algumas decisões, utilizado tais teorias para fundamentar seus votos (cf. STF, MS 22.164/SP, j. 30-10-1995).

Importante ainda lembrar que alguns autores vêm apontado a existência de uma quarta *dimensão* ou *geração* de direitos. Seriam, sobretudo, os direitos relativos aos problemas éticos advindos de inovações tecnológicas, como a biotecnologia. Assim, haveria um direito à preservação do patrimônio genético da espécie humana. Com isso, o Direito estaria protegendo o homem não só como indivíduo, mas também como membro de uma espécie. Essa corrente, contudo, é minoritária, sendo mais comum a classificação nas três *dimensões* ou *gerações* já citadas.

Capítulo 3

◆ A Evolução dos Direitos Humanos nas Constituições Brasileiras

A história dos Direitos Humanos Fundamentais também passa pelo Brasil. Afinal, as conquistas nessa área sempre foram alcançadas gradualmente, a custo de muita luta e de muitas vidas.

O tema dos direitos e garantias individuais está presente em nosso ordenamento constitucional desde nossa primeira Constituição. Apesar disso, ao longo da história, sofreríamos períodos de retrocesso, com ditaduras que ignorariam por completo tais direitos. É o que veremos a seguir, ao observarmos a progressiva aceitação e incorporação dos direitos humanos nas Constituições de nosso país, desde a Constituição de 1824 até a nossa Constituição atual, vigente a partir de 1988.

1. A Constituição de 1824

A Constituição de 1824 precisa ser analisada como um documento de um regime monárquico, uma vez que foi outorgada pelo Imperador D. Pedro I, insatisfeito com o Projeto ultraliberal e revolucionário trazido pela Constituinte de 1823. A dissolução desta Assembleia Constituinte, inclusive, ensejou o surgimento de uma revolta de grande vulto, no Nordeste do Brasil, conhecida como Confederação do Equador, com a importante participação de Frei Caneca, em Pernambuco e na Paraíba.

Destaca-se nesta Constituição a criação do Poder Moderador, de exercício exclusivo do Imperador. Era um poder quase absoluto, pois se sobrepunha aos demais, interferindo em suas atuações.

Mesmo assim, em seu art. 179, esta Constituição traz uma declaração de direitos individuais e garantias que, nos seus fundamentos, permaneceu nas constituições posteriores. São, basicamente, os direitos de primeira geração ou dimensão (direitos civis e políticos).

Pode-se dizer que a Constituição imperial consagrou os principais Direitos Humanos, como então eram reconhecidos. Seguindo os passos da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a Constituição imperial brasileira afirmou que a inviolabilidade dos direitos civis e políticos tinha por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade (art. 179).

Destacamos a omissão eloquente do Constituinte (o Imperador) que “se esqueceu” do quarto direito natural e imprescritível, segundo a Declaração francesa: o direito de resistência à opressão.

Entretanto, não só a Declaração francesa inspirou o Imperador. Do Constitucionalismo inglês ele trouxe: a vedação da destituição de magistrados pelo Rei (*Act of Settlement*, 1701); o direito de petição, as imunidades parlamentares e a proibição de penas cruéis (*Bill of Rights*, 1689); e o direito do homem a julgamento legal (Magna Carta, 1215).

Por ser uma monarquia, natural que o Imperador não reproduzisse alguns trechos da Declaração de Independência norte-americana, evitando mencionar a ideia de estrita vinculação de todo governo ao consentimento dos governados. Na verdade, o Imperador vinculou o exercício do poder político aos que tivessem propriedade e à renda.

As principais conquistas asseguradas pela Constituição de 1824 foram as seguintes: liberdade de expressão do pensamento, inclusive pela imprensa, independentemente de censura; liberdade de convicção religiosa e de culto privado, contanto que fosse respeitada a religião do Estado; igualdade de todos perante a lei; abolição dos açoites, tortura, marca de ferro quente e todas as demais penas cruéis; exigência de lei anterior e autoridade competente, para sentenciar alguém; direito de prioridade; liberdade de trabalho; instrução primária gratuita; direito de petição e de queixa, inclusive o de promover a responsabilidade dos infratores da Constituição.

2. A Constituição de 1891

Após a queda da monarquia, era necessária uma nova Constituição. O texto foi encomendado a uma comissão composta por lideranças do movimento republicano, como Saldanha Marinho, Rangel Pestana e Antônio Luiz dos Santos Werneck, e revisado por Ruy Barbosa, Ministro da

Fazenda da época. Coube ao Congresso apreciar e votar o texto definitivo da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 24 de fevereiro de 1891.

Trata-se de texto muito semelhante à Constituição norte-americana, com as ideias diretoras do presidencialismo, do federalismo, da triparticipação dos poderes, acabando-se o Poder Moderador.

Importante contextualizar que, à época, havia uma rede real de relações políticas, econômicas e sociais caracterizadas pela prevalência dos interesses do poder oligárquico, fenômeno conhecido como coronelismo.

Neste contexto é que deve ser comentada uma das grandes inovações da Constituição Republicana: a instituição do sufrágio direto para a eleição dos deputados, senadores, presidente e vice-presidente da República.

A partir dela, o poder político poderia ser exercido independentemente do poder financeiro dos indivíduos. Seriam eleitores os cidadãos maiores de 21 anos, excluindo desse alistamento os mendigos, os analfabetos, os religiosos sujeitos a voto de obediência e as mulheres. O voto permanecia, porém, aberto, e os fortes economicamente continuavam detendo a política local. Não fazia referência ao voto feminino, nem o proibia, mas este só passou a ocorrer a partir de 1920, sendo consagrado na Constituição seguinte.

Não obstante essa realidade, que restringia o poder a camadas privilegiadas, a primeira Constituição republicana ampliou os Direitos Humanos, além de manter as franquias já reconhecidas no Império. Entre as conquistas, estão as seguintes:

- a) separou-se a Igreja do Estado;
- b) estabeleceu-se a plena liberdade religiosa;
- c) consagrou-se a liberdade de associação sem armas;
- d) assegurou-se aos acusados a mais ampla defesa;
- e) aboliram-se as penas de galés, banimento judicial e morte;
- f) criou-se o *habeas corpus* com a amplitude de remediar qualquer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder (depois se restringe o uso deste remédio processual a casos relacionados à liberdade de locomoção);
- g) instituíram-se as garantias da magistratura (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos), mas,

expressamente, só em favor dos juízes federais.

3. A Constituição de 1934

Em 1934, o Brasil começava a superar a Revolução de 1930 e o conflito de grandes proporções que foi a Revolução Constitucionalista de 1932, quando boa parte dos Estados brasileiros e a União entraram em guerra com o Estado de São Paulo.

Diversos são os motivos de ambos os conflitos, mas o fato é que o sistema político vigente na Primeira República, revezando o poder entre Minas Gerais e São Paulo e concentrando as decisões regionais nas mãos de alguns oligarcas (coronelismo), não mais subsistia. Subindo ao poder, como líder civil da Revolução de 1930, Getúlio Vargas se inclina para a questão social e, posteriormente, para o populismo e a ditadura.

O modelo do novo texto é a Constituição alemã de Weimar (ver Capítulo 2, item 8), o que faz com que nosso país deixe de ser uma democracia liberal para tornar-se uma democracia social, com a poderosa atuação do governo no campo econômico.

A partir de 1934, verifica-se maior inserção dos direitos sociais (direitos de segunda geração) nas Constituições brasileiras. Eles exigem do Estado mais participação para que possam ser implementados, ou seja, há a necessidade de uma atuação estatal positiva. Tais direitos estavam nos arts. 115 e seguintes da Constituição.

Inovando no Direito brasileiro, a Constituição de 1934 estatuiu normas de proteção ao trabalhador. Podem-se citar alguns dos princípios aceitos:

- a) salário mínimo capaz de satisfazer as necessidades normais do trabalhador;
- b) repouso semanal e férias anuais remuneradas;
- c) proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil;
- d) criação da Justiça do Trabalho, vinculada ao Poder Executivo.

Esta Constituição também cuidou dos direitos sociais e culturais, aceitando os seguintes princípios, entre outros: direito de todos à educação; obrigatoriedade e gratuidade do ensino primário, inclusive para os adultos; e tendência à gratuidade do ensino ulterior ao primário.

Além disso, a Constituição de 1934, entre outras coisas, explicitou o princípio da igualdade perante a lei, estatuidando que não haveria privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissão própria ou dos pais, riqueza, classe social, crença religiosa ou ideias políticas; manteve o *habeas corpus*, para proteção da liberdade pessoal, e instituiu o mandado da segurança, para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado de autoridade; vedou a pena de caráter perpétuo; proibiu a prisão por dívidas, multas ou custas; criou a assistência judiciária para os necessitados.

Nesta Constituição, as mulheres foram brindadas com uma grande e merecida conquista: o direito ao voto. Além disso, foi nela que a Justiça Eleitoral foi instituída (arts. 82 e seguintes) e o voto secreto, assegurado (arts. 52, § 1º), iniciando o declínio da influência do coronelismo.

4. A Constituição de 1937

Em 1937, Getúlio Vargas impôs uma ordem ditatorial ao Brasil, denominada Estado Novo, dissolvendo o Congresso Nacional, revogando a Constituição e promulgando, em substituição, uma nova Carta Constitucional, fortemente influenciada pelas ondas nacionalistas que varriam o planeta no período imediatamente anterior à Segunda Guerra Mundial.

Apesar de prever o fortalecimento do Poder Executivo federal na sua relação com os Poderes Legislativo e Judiciário, na prática o Presidente da República concentrou todas as atribuições no Executivo, ignorando a autonomia dos entes da federação. Por diversas oportunidades, legislou via decretos-leis e até mesmo emendou a Constituição por meio de leis constitucionais. O plebiscito para a aprovação da Carta nunca chegou a ser realizado.

No tocante aos Direitos Humanos, o período do Estado Novo foi bastante problemático, uma vez que este foi um regime ditatorial, em que as garantias do Estado Democrático de Direito não eram respeitadas.

A magistratura perdeu suas garantias (art. 177). Um tribunal de exceção, o Tribunal de Segurança Nacional, passou a ter competência para julgar os crimes contra a segurança do Estado e a estrutura das instituições (art. 172). Leis eventualmente declaradas contrárias à própria Constituição pelo Judiciário, ainda assim, podiam ser validadas pelo Presidente.

A Constituição declarou o País em estado de emergência (art. 186), com suspensão da liberdade de ir e vir, censura da correspondência e de todas as comunicações orais e escritas, suspensão da liberdade de reunião, permissão de busca e apreensão em domicílio (art. 168).

Enfim, muitas garantias individuais, até mesmo aquelas que não representavam risco nenhum ao regime vigente, perderam sua efetividade.

5. A Constituição de 1946

Com o final da Segunda Guerra e o surgimento de todo um movimento em prol dos Direitos Humanos e pelo fim dos regimes de inspiração fascista, a Ditadura do Estado Novo não tinha como se sustentar. A pressão social fez com que o próprio Presidente da República iniciasse, com a expedição da Lei Constitucional n. 9, de 28 de fevereiro de 1945, os procedimentos para a recomposição do quadro institucional brasileiro.

Em seguida, foram convocadas eleições para Presidente e para Deputados Federais, a se realizarem em dezembro daquele ano. Contudo, o processo por mudanças políticas foi tão intenso que, antes mesmo das eleições, em 29 de outubro de 1945, Getúlio Vargas foi deposto, assumindo o Ministro José Linhares, presidente do Supremo Tribunal Federal, o governo do País. O General Eurico Gaspar Dutra foi vitorioso nas urnas, assumindo a Presidência em 2 de fevereiro de 1946 e instalando a Assembleia Constituinte integrada pelos deputados eleitos.

Promulgada em 18 de setembro de 1946, inspirou-se, em grande parte, nos textos de 1891 e 1934 e teve como eixos básicos a consolidação de um sistema político fundado na democracia representativa, a institucionalização da federação e da autonomia municipal e a progressão no tratamento constitucional dos direitos e garantias fundamentais e de matéria econômica e social.

No campo dos Direitos Humanos, a Constituição de 1946 restaurou os direitos e garantias individuais, que foram, mais uma vez, ampliados, em comparação com o texto constitucional de 1934. Entre tais garantias, destacamos a criação da *inafastabilidade do Judiciário*, consagrada na ideia de que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

Além disso, em 1946 foram estabelecidas a soberania dos veredictos do júri e a individualização da pena. Os direitos sociais foram ampliados, sendo estatuídos, entre outros:

- a) salário mínimo capaz de atender às necessidades do trabalhador e de sua família;
- b) participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros da empresa;
- c) proibição de trabalho noturno a menores de 18 anos;
- d) assistência aos desempregados;
- e) obrigatoriedade da instituição, pelo empregador, do seguro contra acidentes de trabalho;
- f) direito de greve;
- g) liberdade de associação profissional ou sindical.

Ainda no campo dos direitos sociais, houve sensível ampliação, sendo assegurada a gratuidade do ensino oficial ulterior ao primário para os que provassem falta ou insuficiência de recursos.

6. A Constituição de 1967

No início dos anos 60, o clima político no Brasil era de intensa instabilidade. As forças mais conservadoras clamavam por intervenções, e as forças de inspiração socialista e comunista buscavam alguma forma de chegar ao poder. Nesse clima de instabilidade, o Presidente João Goulart cai no dia 1º de abril de 1964, com o Movimento Militar instaurado no dia anterior.

Com o golpe de Estado de 1964, iniciou-se um período caracterizado por um regime de força, dirigido por governos militares. A partir de então, a Constituição de 1946 sofreu múltiplas emendas e teve muitos de seus artigos suspensos. Isso aconteceu por força dos famigerados atos institucionais, que restringiram as liberdades públicas e outros direitos assegurados na Constituição de 1946, mantendo-se, todavia, naquele momento, a vigência da Carta naquilo que não fosse conflitante com aquelas medidas de exceção.

No final de 1966, por meio do Ato Institucional n. 4, o Congresso Nacional é convocado extraordinariamente para discutir, votar e promulgar uma nova Constituição, com base em projeto apresentado pelo Presidente

da República. Poucos dias depois, em 24 de janeiro de 1967, é promulgada a Constituição do Brasil, que entra em vigor em 15 de março de 1967.

A influência da Constituição de 1967 é claramente a de 1937, cuja preocupação fundamental é com a segurança nacional, evidenciada pelo aumento dos poderes concernentes à União e ao Presidente da República, pela redução da autonomia individual, com a permissão da suspensão de direitos e garantias constitucionais, e pela reformulação dos sistemas tributário e orçamentário.

No campo dos Direitos Humanos, a Constituição de 1967 em muito retrocedeu, se comparada com sua antecessora. Entre tais prejuízos aos direitos fundamentais, destacam-se:

- a) supressão da liberdade de publicação de livros e periódicos, estabelecendo censura prévia a fim de evitar a subversão da ordem;
- b) restrição ao direito de reunião facultando à polícia o poder de designar o local para ela. Com tal poder, a polícia conseguia, facilmente, impossibilitar a reunião;
- c) criação da pena de suspensão dos direitos políticos, declarada pelo Supremo Tribunal Federal, para aquele que abusasse dos direitos de manifestação do pensamento, exercício de trabalho ou profissão, reunião e associação, ou que atentasse contra a ordem democrática ou praticasse a corrupção (art. 151);
- d) manutenção de todas as punições, perseguições e exclusões políticas decretadas pelos atos institucionais.

Um aparente paradoxo, em relação à Constituição anterior, é o dispositivo concernente ao respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário, preceito inexistente, de forma explícita, nas Constituições precedentes. Contudo, a eficácia desse artigo não saiu do plano teórico, em vista do clima geral de redução de liberdade e da consequente impossibilidade de denúncia dos abusos que ocorressem.

No que diz respeito aos direitos sociais, a Constituição de 1967 inovou em alguns pontos, para o bem e para o mal. Primeiro, destaquem-se os retrocessos relativos aos direitos do trabalho:

- a) a redução para 12 anos da idade mínima de permissão do trabalho;
- b) restrições ao direito de greve;

c) a supressão da proibição de diferença de salários, por motivo de idade e nacionalidade, a que se referia a Constituição anterior.

Apesar dos retrocessos, algumas vantagens foram garantidas, entre elas:

- a) salário-família, em favor dos dependentes do trabalhador;
- b) proibição de diferença de salários também por motivo de cor, circunstância a que não se referia a Constituição de 1946;
- c) participação do trabalhador, eventualmente, na gestão da empresa;
- d) aposentadoria da mulher, aos trinta anos de trabalho, com salário integral.

A Constituição de 1967 representou um esforço pouco eficiente de redução do arbítrio contido nos atos institucionais que se seguiram à Revolução de 1964. Tentou não se distanciar em demasia do texto constitucional de 1946.

Pode-se afirmar que a Constituição de 1967 não se harmonizou com a doutrina dos Direitos Humanos, pelas seguintes razões: restringiu a liberdade de opinião e expressão; deixou o direito de reunião sem proteção de garantias plenas; fez recuo no campo dos direitos sociais; manteve as punições, exclusões e marginalizações políticas decretadas sob a égide dos atos institucionais.

Contudo, no ano seguinte, a Constituição, que parecia um retrocesso enorme, passou a ser invocada constantemente, em virtude do panorama de completo arbítrio criado pelo Ato Institucional n. 5, que caiu sobre o Brasil em 13 de dezembro de 1968.

Tal ato institucional praticamente sepultou a Constituição anterior e marcou de tal forma a política brasileira que, ao se elaborar a Constituição de 1988, o constituinte não tinha outra ideia em mente senão a de restringir o arbítrio estatal anterior e buscar ao máximo constitucionalizar os direitos e garantias fundamentais.

O contexto histórico da Constituição atual e os direitos e garantias nela consagrados serão analisados em capítulo próprio.

Capítulo 4

◆ A Estrutura Internacional de Proteção aos Direitos Humanos

1. Os sistemas de proteção aos direitos humanos

A proteção aos Direitos Humanos internacional se dá em dois grandes planos: o *global* e o *regional*. O primeiro é representado pelos tratados aprovados no seio das Nações Unidas e pelas instituições criadas para vigiar sua aplicação. O segundo é geralmente exercido por organizações internacionais geograficamente restritas, como União Europeia, União Africana e, no nosso caso, a Organização dos Estados Americanos.

Neste capítulo, veremos como surgiu e se desenvolveu o Sistema Global de Proteção aos Direitos Humanos, analisando sua estrutura e importância. No próximo capítulo, trataremos do Sistema Regional no qual o Brasil está inserido.

2. Noções introdutórias

Com o final de Segunda Grande Guerra, o mundo precisava, com urgência, se reestruturar. Várias ações foram tomadas, do ponto de vista econômico e político, como a criação de organismos internacionais planejados antes mesmo do fim do conflito, na Conferência de Bretton Woods, em 1944.

O mundo havia vivenciado a ascensão dos nacionalismos, e, conforme leciona Hobsbawm, em sua clássica obra *Nações e nacionalismo*, esse fenômeno foi um dos principais motores dos conflitos e das perseguições aos indivíduos.

E, entre tais perseguições, a empreendida pelos alemães nazistas aos povos de origem judaica foi a que mais se notabilizou, ficando conhecida como Holocausto.

Entretanto, não apenas judeus foram perseguidos e assassinados no período. As perseguições também atingiram militantes comunistas, homossexuais, ciganos, eslavos, deficientes motores, deficientes mentais e pacientes psiquiátricos. Enfim, todos os que não se encaixassem no ideal de perfeição nazista poderiam ser vítimas. E esse receio de que, amanhã, qualquer um poderia ser a próxima vítima fez com que os líderes dos principais países pensassem em soluções institucionais para evitar novas perseguições.

Entre as organizações internacionais planejadas no final da guerra, uma se destaca: a Organização das Nações Unidas (ONU). Até então, a lógica da política internacional era a do protagonismo dos Estados soberanos, conforme estabelecido séculos antes, na famosa Paz de Westfália. Não se estabelecia qualquer relevância aos povos e aos indivíduos. Para existir no plano internacional, era fundamental ser um Estado soberano, pois apenas tais entidades tinham vez e voz na Sociedade Internacional.

Os desmandos dos totalitarismos que flagelaram a Europa haviam consolidado a percepção já defendida por Immanuel Kant de que os regimes democráticos apoiados nos direitos humanos eram os mais propícios à manutenção da paz e da segurança internacionais. Daí a necessidade de apoiar em normas internacionais o ideal dos direitos humanos.

Ficou também a ideia de que os direitos humanos não poderiam mais constituir matéria do domínio exclusivo dos Estados e que algum tipo de controle internacional fazia-se necessário para conter o mal que a qualquer momento poderia eclodir no mundo novamente.

Na sociedade internacional anterior à ONU, o foco era estabelecer regras para a convivência entre Estados soberanos, não ocorrendo qualquer ingerência nas relações entre os Estados e as pessoas que estavam sob sua jurisdição.

É bem verdade que, após a Primeira Guerra, houve uma tentativa válida, mas pouco eficaz, de estabelecer um sistema internacional em que existisse uma terceira parte que pudesse intervir nas relações entre os Estados soberanos. Contudo, foi com a ONU que tal intento se realizou.

A partir de sua Carta de inauguração, em 1945, a ONU sinalizava a criação de uma comunidade internacional composta não apenas de Estados

soberanos, mas de indivíduos livres e iguais. Esta pode ser considerada a grande mudança de rota da política internacional no século XX.

A partir da Carta (que logo no seu Preâmbulo e no seu primeiro artigo afirma que o respeito aos direitos humanos é um dos objetivos da organização), o tema dos Direitos Humanos Fundamentais passa a integrar a agenda de praticamente todos os países, sendo visto como pilar de construção da nova ordem global.

Com a Carta da ONU, em 1945, começa-se a limitar o arbítrio discricionário dos Estados sobre seus jurisdicionados. E isso ficou ainda mais evidenciado com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. Foi um marco histórico para a luta dos direitos e garantias individuais, pois estabeleceu que a promoção de tais direitos deveria ser o critério organizador e humanizador na relação entre governantes e governados. Os direitos humanos tornaram-se, com a Carta, um tema global no mundo pós-Guerra. Representam o reconhecimento do ser humano como fim, e não como meio.

Para tornar tais previsões realidade, era necessário institucionalizar a proteção aos direitos ali programados. Com o desenvolvimento da ONU, ao longo dos anos, seria criado o Sistema Global de Proteção aos Direitos Humanos, que muito contribuiria para a divulgação e o respeito desses valores pelo mundo.

3. O sistema global de proteção aos direitos humanos

O sistema global de proteção aos Direitos Humanos é formado pelo conjunto de tratados internacionais editados pela ONU e pelas instituições criadas por esta organização para assegurar seu respeito.

Trata-se de uma ordem jurídica internacional que se projeta sobre todos os países do planeta, vinculando-os às regras gerais que buscam assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana.

Como o sistema tem uma *base legal* (3.1) e uma *base institucional* (3.2), veremos cada uma de suas partes de forma individual.

3.1 Base legal do sistema global

Desde sua criação, a ONU buscou consagrar em textos legais os valores que a fundaram. Tal preocupação, apesar da característica da universalidade dos Direitos Humanos, justifica-se na medida em que, quando positivado, qualquer direito ou garantia torna-se de mais fácil implementação. Afinal, já não mais existem dúvidas quanto à sua existência. Consagrar tais valores em tratados, contudo, não se mostraria uma tarefa simples.

Afinal, para conseguir vencer a Guerra, os Aliados contaram com o apoio fundamental da União Soviética, regime claramente totalitarista. E, com o final dela, era evidente a divisão do mundo entre capitalistas e comunistas. Mesmo assim, a participação da União Soviética na nova organização mundial era fundamental para que esta pudesse revelar-se de alguma utilidade, como órgão destinado à manutenção da paz.

Como convencer um regime, comandado por um ditador como Stalin, a endossar documentos que promoviam valores incompatíveis com a sua natureza? Eis uma das questões fundamentais que se colocavam.

A saída para tal dificuldade, na prática, beneficiou-se do fato de que a União Soviética, a essa altura, já havia desenvolvido sua própria concepção de direitos humanos, caracterizada por uma interpretação própria dos direitos civis e políticos e por uma ênfase nos direitos econômicos e sociais.

Tal fato permitiu que se adotassem muitas vezes documentos consensuais contendo uma linguagem aceitável para todos. É o que ocorreu na Carta das Nações Unidas em 1945 e na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Contudo, para a produção dos demais tratados sobre Direitos Humanos, seriam necessários maiores esforços. Já no primeiro Tratado sobre Direitos Humanos, nos anos 60, as principais potências – os Estados Unidos, com visão liberal, e a União Soviética, com sua visão marxista do mundo – divergiram sobre seu conteúdo.

A solução foi a assinatura de dois tratados: o Pacto dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos assinados em 1966. Com eles teríamos uma série de outros tratados que, juntos, formam as Convenções Principais (*Core Conventions*) da ONU. São elas:

PRINCIPAIS CONVENÇÕES SOBRE DIREITOS HUMANOS DA ONU
1) Carta das Nações Unidas
2) Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)
3) Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966)
4) Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966)
5) Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (1948)
6) Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984)
7) Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1981)
8) Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965)
9) Convenção sobre os Direitos das Crianças (1989)
10) Convenção sobre os Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência (2007)

3.1.1 A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948

A assinatura da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 assinala a criação do movimento moderno dos direitos humanos.

Celso Lafer, ao analisar esse momento, nos ensina que, no plano internacional, a Declaração Universal representa um evento inaugural, à semelhança do que aconteceu com as Revoluções Americana e Francesa, em que os súditos viraram cidadãos.

Contudo, diferentemente dos demais documentos da ONU sobre Direitos Humanos, **a Declaração não é um tratado**, do ponto de vista formal. Trata-se de uma Resolução não impositiva da Assembleia Geral das

Nações Unidas e, portanto, jamais passou pelo processo de ratificação típico dos tratados internacionais.

Seu caráter vinculante, porém, é incontroverso na doutrina nacional e internacional, bem como na jurisprudência de diversas cortes supremas espalhadas pelo mundo, inclusive do nosso Supremo Tribunal Federal que, constantemente, cita a Declaração como fundamento de suas decisões (cf. STF, ADI 1.969, rel. Min. Ricardo Lewandowski, e EXT 1.008, rel. Min. Gilmar Mendes). No Direito Internacional, suas regras são consideradas normas cogentes que nenhum Estado pode deixar de observar (*jus cogens*).

A partir da Declaração, pode-se dizer que o ser humano começou a ter voz no plano internacional, com uma Declaração realizada e idealizada na perspectiva dos governados.

A Declaração estabeleceu uma gama completa de direitos aplicáveis a todos os povos do mundo. A autoridade suprema deixava de ser a vontade do soberano ou as “razões de Estado” para passar a ser a qualidade de humanidade que todos os povos do mundo têm em comum.

O Preâmbulo já coloca a dignidade da pessoa humana como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Em seguida, estabelece como direitos as necessidades essenciais que todos os indivíduos têm, independentemente das diferenças entre eles.

A divisão entre as liberdades públicas (que futuramente seriam chamadas de direitos de *Primeira Geração*) e os Direitos Sociais (que seriam chamados de *Segunda Geração*) fica evidente na Declaração. Do art. 1º ao 21, ficam reconhecidos, agora em caráter universal, os Direitos Cívicos e Políticos. Já os Direitos Sociais ficaram entre os arts. 22 e 27.

Entre os Direitos Cívicos e Políticos, destacamos: *direito à vida e à liberdade* (art. 3º); *igualdade de todos perante a lei* (arts. 2º e 7º); *liberdade de expressão* (art. 19); *direito à intimidade* (art. 11); *presunção de inocência* (art. 9º); *liberdade de associação* (art. 20) e *liberdade de religião* (art. 18).

Entre os Direitos Sociais, foram contemplados de forma mais discreta, sendo assegurados o *direito ao trabalho* (art. 23), o *direito ao repouso e ao lazer* (art. 24), o *direito à segurança social* (arts. 22 e 25) e o *direito à educação* (art. 26), sendo obrigatórios e gratuitos a educação elementar e, baseado no mérito, o acesso à educação superior.

A Declaração, conforme afirmado em seu próprio Preâmbulo, é um ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações. Ela iniciou o atual movimento mundial para promover o respeito universal a esses direitos que proclamou.

3.1.2 O Pacto dos Direitos Civis e Políticos

Em virtude do caráter não vinculante que a Declaração possuía, no dia seguinte à sua Proclamação começaram os trabalhos para a elaboração de um tratado efetivo sobre Direitos Humanos, de forma que todos aqueles direitos fossem disciplinados e inseridos também na ordem interna de cada país.

Esse processo durou alguns anos e, em virtude da divergência entre o mundo capitalista e liberal, liderado pelos EUA, e o mundo socialista, liderado pela União Soviética, resultou na instituição de dois tratados distintos: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

A divergência entre os países ocidentais e os países do bloco socialista era sobre a autoaplicabilidade dos direitos que viessem a ser reconhecidos. Os países ocidentais entendiam que os direitos civis e políticos eram autoaplicáveis, enquanto os direitos sociais, econômicos e culturais eram “programáticos”, necessitando de uma implementação progressiva.

Já os socialistas entendiam que a finalidade maior do Estado era promover a igualdade entre os cidadãos, mesmo que para isso fosse necessário privá-los de alguns dos Direitos Civis e Políticos.

A ONU, por sua vez, continuou reafirmando a indivisibilidade e a unidade dos direitos humanos, pois os direitos civis e políticos só existem de fato se os direitos sociais, econômicos e culturais estiverem garantidos, e vice-versa.

O Pacto dos Direitos Civis e Políticos começou a ser formulado em 1949 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, mas foi concluído apenas em 1966. Com o Pacto pronto, restava obter o número de ratificações necessárias para sua entrada em vigor, o que só aconteceu em 1976.

Esse pacto não só reconhece uma série de direitos e deveres da Declaração Universal, com maior detalhamento, como ainda estende esse elenco, tornando-se mais extenso que ela própria.

O Pacto pode ser dividido, quanto à disposição dos artigos, em duas seções. A primeira elenca uma série de direitos fundamentais, restritos à esfera civil e política, e a segunda seção enumera os dispositivos do Pacto referentes ao mecanismo normativo, isto é, de monitoramento à sua implementação.

Entre tais direitos fundamentais, podemos relacionar como principais: o *direito à vida* (art. 6º), o *direito a não ser submetido à tortura* (art. 7º), o *direito a não ser escravizado, nem submetido à escravidão* (art. 8º), o *direito à liberdade* (art. 9º), o *direito à autodeterminação dos povos* (art. 1º), entre outros igualmente importantes.

O Pacto ainda inova ao trazer temas que não haviam sido tratados na Declaração Universal, como os direitos da criança e das minorias, previstos nos arts. 24 e 27 do Pacto.

O Pacto admite, em seu art. 4º, a derrogação temporária dos direitos, mas apenas por declaração oficial de situações extremas em que a existência da nação esteja em risco. Mesmo nessas situações o princípio da isonomia não pode ser derogado.

3.1.3 O Pacto dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais

Ainda em 1966, o Pacto aceitável para o mundo socialista seria assinado. O Brasil, após a redemocratização e a Constituição de 1988, já não acreditava na divisão do mundo em *capitalistas* e *socialistas* e, em 24-1-1992, ratifica o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

O objetivo deste pacto era tornar juridicamente vinculantes os dispositivos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, determinando a responsabilização internacional dos Estados-partes pela violação dos direitos lá enumerados, tentando superar a ideia difundida no mundo ocidental de que tais direitos teriam caráter meramente programático.

Entre os direitos econômicos, sociais e culturais, o Pacto inclui o *direito ao trabalho e à justa remuneração*, o *direito a formar e a associar-se a sindicatos*, o *direito a um nível de vida adequado*, o *direito à educação*, o

direito das crianças a não serem exploradas e o direito à participação na vida cultural da comunidade.

Para se opor à ideia de que os direitos sociais eram programáticos, estabeleceu-se a *realização progressiva dos direitos sociais* (que, no entanto, não atenua seu caráter obrigatório), sendo o resultado do conjunto de medidas econômicas e técnicas do Estado, por meio de um planejamento efetivo com intuito de alcançar a gradual concretização dos direitos.

É o que podemos verificar no art. 2º, item 1º, do Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais:

Cada Estado-parte no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

Tal progressividade não significa que os direitos previstos no Pacto não são acionáveis ou exigíveis. Conforme leciona Flávia Piovesan, a ideia da não acionabilidade dos direitos sociais é meramente ideológica, e não científica. É uma concepção que reforça a equivocada noção de que uma classe de direitos (os direitos civis e políticos) merece inteiro reconhecimento e respeito, enquanto outra classe de direitos (os direitos sociais, econômicos e culturais) não faz jus a qualquer reconhecimento.

Deve-se, portanto, reforçar a ideia de que os direitos fundamentais da pessoa humana (enquanto interdependentes e indivisíveis), independentemente de sua natureza (civil, política, econômica, social ou cultural), são juridicamente obrigatórios e perfeitamente acionáveis.

Contudo, não podemos negar que a cultura da comunidade internacional ainda é de maior tolerância no tocante à violação dos direitos econômicos, sociais e culturais do que em relação a dos direitos civis e políticos. Devemos ter em mente, porém, que os direitos sociais, econômicos e culturais devem ser reivindicados como direitos, e não como caridade ou generosidade.

3.1.4 Convenção para Prevenção e Repressão do Genocídio

A Convenção para Prevenção e Repressão do Genocídio foi firmada logo em seguida ao término da Segunda Guerra e à descoberta do maior genocídio de que se tem notícia na história mundial: o Holocausto dos judeus e de outras minorias na Alemanha nazista.

Como já visto, tal massacre fez com que a humanidade reagisse, colocando os Direitos Humanos na agenda mundial e como pilar fundamental das Nações Unidas. Tal Convenção deixou clara a preocupação da comunidade internacional de evitar que um novo genocídio se repetisse.

O genocídio, nos termos da Convenção, é o conjunto de atos cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, podendo incluir assassinatos ou atentados graves à integridade física e mental de tais grupos. Medidas destinadas a impedir os nascimentos no interior do grupo ou a transferência das crianças nascidas em um grupo para outro também são reputadas genocídio.

A doutrina costuma aceitar a tentativa de destruir grupos sociais como genocídio. Assim, entendemos que a tentativa de exterminar um grupo por sua opção sexual, por exemplo, embora não contemplada diretamente na Convenção, pode ser considerada genocídio.

Devemos destacar que o art. 7º afirma que o genocídio e seus atos correlatos (incitamento, tentativa, cumplicidade etc.) não podem ser vistos como crimes políticos, de forma a evitar a extradição do indivíduo acusado de tal crime.

Ressaltamos, ainda, que tal crime, atualmente, é da competência do Tribunal Penal Internacional, criado pelo Tratado de Roma, que veremos no Capítulo 6.

3.1.5 Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres foi assinada na ONU em 1979 e ratificada pelo Brasil em 1984. A Convenção fundamenta-se na dupla obrigação de eliminar/erradicar a discriminação e a de assegurar/garantir a igualdade.

Para a Convenção, nos termos do seu art. 1º, a discriminação contra a mulher significa “[...] toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo”.

Diversas previsões da Convenção também incorporam a preocupação de que os direitos reprodutivos das mulheres devem estar sob seus próprios controles, assegurando que suas decisões sejam livres e benéficas no tocante ao acesso às oportunidades sociais e econômicas.

Ao ratificar a Convenção, os Estados-partes assumem o compromisso de, progressivamente, eliminar todas as formas de discriminação no que tange aos gêneros, assegurando efetiva igualdade entre eles. A Convenção reflete a visão de que habilidades e necessidades que decorrem de diferenças biológicas entre os gêneros devem também ser reconhecidas e ajustadas, mas sem eliminar a titularidade das mulheres à igualdade de direitos e oportunidades.

Para tanto, a Convenção prevê a possibilidade de adoção de medidas afirmativas (“ações afirmativas”) pelos Estados, como importantes para acelerar o processo de obtenção da igualdade. Permite-se a “discriminação positiva”, pela qual os Estados podem adotar **medidas especiais temporárias**, visando acelerar o processo de igualização de *status* entre homens e mulheres. Tais medidas cessarão quando alcançado o seu objetivo.

Segundo os que as defendem, são medidas compensatórias que visam remediar as desvantagens históricas, consequências de um passado discriminatório, buscando a pluralidade e a diversidade social. Contudo, é nosso entendimento que tais medidas devem ser analisadas com parcimônia, sendo necessário encontrar um *discrímen* mais específico do que o critério do sexo.

Cabe acrescentar que a plataforma mundial dos direitos humanos das mulheres foi reforçada com a Declaração e Plataforma de Ação de Pequim, de 1995, que enfatizou que os direitos das mulheres são parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais.

3.1.6 Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial

No início dos anos 1960, apesar de a Declaração Universal já ter mais de dez anos, muitos grupos não tinham tratamento igualitário, especialmente em países como Estados Unidos e África do Sul.

Neste contexto, em 1965, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial foi adotada pelas Nações Unidas, tendo sido ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968.

Além dos movimentos dos direitos civis para todas as raças nos Estados Unidos, devemos registrar que, no início dos anos 1960, movimentos neonazistas começaram a ressurgir na Europa. O mundo parecia não ter aprendido a lição da experiência da Segunda Guerra e continuava a tratar as pessoas de forma distinta em função de suas origens ou da cor da sua pele.

Estes fatores estimularam a edição da Convenção, como um instrumento internacional voltado ao combate da discriminação racial. Na qualidade de instrumento global de proteção dos direitos humanos editado pelas Nações Unidas, a Convenção integra o denominado Sistema Especial de Proteção dos Direitos Humanos.

Ao contrário do Sistema Geral de Proteção, que tem por destinatário toda e qualquer pessoa, abstrata e genericamente considerada, o Sistema Especial de Proteção dos Direitos Humanos é endereçado a um sujeito de direito concreto, visto em sua especificidade.

Consolida-se, gradativamente, um aparato especial de proteção endereçado à proteção de pessoas ou grupo de pessoas particularmente vulneráveis, que merecem proteção especial. O sistema normativo internacional passa a reconhecer e a tutelar direitos endereçados às crianças, aos idosos, às mulheres, às pessoas vítimas de tortura, às pessoas vítimas de discriminação racial etc.

Reitere-se que este sistema internacional de proteção realça o processo de *especificação do sujeito de direito*, objetivando responder a determinado padrão de violação de direito.

Os Sistemas Geral e Especial devem ser vistos como complementares, uma vez que o Sistema Especial é voltado à prevenção da discriminação ou

à proteção de pessoas ou grupos de pessoas particularmente vulneráveis, e que, por isso, merecem um tratamento jurídico especial.

Em seu Preâmbulo, a Convenção reafirma o propósito das Nações Unidas de promoção do respeito universal dos direitos humanos, sem discriminação de raça, sexo, idioma ou religião. Enfatiza ainda os princípios da Declaração Universal de 1948, em especial a concepção de que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos, sem distinção de qualquer espécie e principalmente de raça, cor ou origem nacional.

Ponto extremamente importante do Preâmbulo é a afirmação de que qualquer doutrina de superioridade baseada em diferenças raciais é **cientificamente falsa, moralmente condenável e socialmente injusta e perigosa**. Afinal, nos anos 1960, e infelizmente até os dias de hoje, eram recorrentes teorias supostamente científicas sobre a superioridade de determinadas raças.

Registre-se que entendemos, com base nas experiências científicas mais respeitadas, que *raça* é um conceito inaplicável a seres humanos. Afinal, somos todos membros da *raça humana*. No entanto, é inegável que, do ponto de vista social, tal conceito é bastante claro na maioria das sociedades.

O objetivo central da Convenção é a eliminação de todas as formas de discriminação racial. A primeira preocupação é definir juridicamente o conceito de discriminação racial. E a tarefa é enfrentada no art. 1º da Convenção, em que se afirma que discriminação racial é uma distinção, baseada na raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica, que implica a restrição ou exclusão do exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, nas mais diversas áreas. Logo, a discriminação racial sempre tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

Ponto extremamente importante no estudo dessa Convenção é o § 4º do mesmo art. 1º da Convenção, que estabelece que “[...] não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, à

manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos”.

Entendemos que medidas especiais e temporárias voltadas a acelerar o processo de construção da igualdade não são consideradas discriminação racial. É o caso das chamadas ações afirmativas, que são medidas positivas adotadas para aliviar e remediar as condições resultantes de um passado discriminatório.

Entretanto, ao contrário do que pensa boa parte dos defensores de tais medidas, nossa opinião é no sentido de que o critério da cor da pele, de forma isolada, não pode ser tomado como *discrímén* válido para tais ações afirmativas.

É preciso, conforme leciona Celso Antônio Bandeira de Mello, que em qualquer medida diferenciada haja uma correlação lógica entre o *discrímén* e o tratamento diferenciado conferido. O critério da raça ou cor da pele, de forma isolada, não atende a tal exigência. Além disso, entendemos ser bastante complexo e perigoso o estabelecimento de critérios para determinação racial em um país miscigenado como o Brasil.

Registramos que nossa opinião, dentro da doutrina de Direitos Humanos, não é majoritária, havendo professores, como a Professora Flávia Piovesan, que, invocando o § 4º do mesmo art. 1º da Convenção, afirmam que as políticas de quotas, baseadas no critério racial, são válidas.

Assim, é necessário atentar para o fato de que tal parágrafo dispõe que tais medidas não conduzam à *manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos*. Ou seja, qualquer ação afirmativa não pode tender à eternidade, sendo essencial que, quando aplicadas, sejam acompanhadas de mecanismos de revisão contínuos.

A Convenção ainda é enfática ao condenar a segregação racial e o *apartheid*, determinando aos Estados-partes que eliminem em seus territórios todas as práticas dessa natureza. Toda propaganda e todas as organizações que se inspirem em teorias racistas são também condenadas pelos Estados-partes da Convenção, que devem proibir qualquer incitamento ao ódio e à discriminação raciais, punindo a difusão de ideias baseadas na superioridade racial.

3.1.7 Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes

Dentre os diversos tipos de violação de direitos humanos, a tortura é muito provavelmente a que mais repugna a consciência ética contemporânea.

Esta deverá ter sido a razão pela qual a primeira grande convenção especializada contra um tipo particular de violação tenha sido a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Desumanos ou Degradantes de 1984.

A Convenção traz o conceito de tortura no seu art. 1º que diz:

Art. 1º O termo “tortura” designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência.

Além de definir o crime de tortura, a Convenção ainda prevê a punição para aqueles que o cometerem e constitui um Comitê contra a Tortura, o qual tem por finalidade analisar e fiscalizar a proteção contra esse crime nos diversos Estados-partes da Convenção.

Segundo a Convenção, não se poderá alegar circunstâncias excepcionais para justificar a prática da tortura, nem mesmo em caso de guerra ou instabilidade interna.

Ainda de acordo com a Convenção, tortura é crime que enseja extradição em qualquer tratado de extradição. Caso não exista tal tratado entre dois Estados-partes, e estes o considerem imprescindível, poderão tomar a Convenção como base legal para proceder à extradição relativamente a tais crimes. Vale dizer que um Estado-parte não deverá extraditar, expulsar ou devolver uma pessoa para outro Estado se houver razões para acreditar que esta será submetida a tortura.

A definição de tortura dada no art. 1º, e como fora citada anteriormente, envolve três elementos essenciais para a caracterização do delito:

- 1) a infligência deliberada de dor ou sofrimentos físicos ou mentais;
- 2) a finalidade do ato: obtenção de informações ou confissões, aplicação de castigo, intimidação ou coação e “qualquer outro motivo baseado em discriminação de qualquer natureza”;
- 3) a vinculação do agente ou responsável com o Estado: “funcionário público ou outra pessoa no exercício da função pública”, em ação direta ou indireta.

Os arts. 2º e 4º determinam e orientam a obrigação dos Estados-partes de adotar medidas eficazes, de caráter legislativo, administrativo, judicial e de outra natureza para punir o crime de tortura, a ser tipificado na legislação penal com penas adequadas que levem em conta a sua gravidade.

3.1.8 Convenção sobre os Direitos das Crianças

A elaboração e a aceitação de uma Convenção sobre os Direitos da Criança levaram cerca de 40 anos de intenso debate. Em meio às tensões Leste-Oeste, os Estados começaram a reconhecer a importância da Convenção dos Direitos da Criança, o que só se concluiria em 1989.

Dentre as outras razões para a assinatura de uma Convenção, estava o reconhecimento da necessidade de elevados padrões de proteção em algumas épocas da vida da criança.

A Convenção ainda teve como meta a formulação de um documento compreensivo dos Direitos da Criança, que fosse acessível às crianças e às pessoas que trabalhassem com elas. Reconhece-se, pela primeira vez, a criança como sujeito de direitos, cujas opiniões devem ser ouvidas e respeitadas.

Tem sido o documento normativo com mais capacidade mobilizadora desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o que demonstra que o primeiro objetivo, o de conscientizar sobre a necessidade de medidas concretas, a fim de que os direitos por ela consagrados possam ser consubstanciados, começa a ser alcançado.

A Convenção é composta de um Preâmbulo e cinquenta e quatro artigos dispositivos divididos em três partes: a Parte I, definidora e regulamentadora, dispõe em substância sobre os direitos da criança; a Parte

II estabelece o órgão e a forma de monitoramento de sua implementação; a Parte III traz as posições regulamentares do próprio instrumento.

O Preâmbulo explicita a base jurídica da Convenção, definindo também sua filosofia, ao afirmar que a criança deve, por um lado, “crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão”, e, por outro, “estar plenamente preparada para uma vida independente na sociedade”. Já o art. 1º é de suma importância, pois define juridicamente a criança como “todo ser humano como menos de dezoito anos de idade”.

Foram garantidos às crianças direitos como: liberdade de expressão, de pensamento, de consciência e de crença, de modo que seja levada em conta a evolução de sua capacidade mental; direito à proteção e assistência especiais do Estado; direito de gozar do melhor padrão de vida possível; direito à pensão alimentícia; direito à educação; direito de serem protegidas contra o uso ilícito de drogas; direito à proteção contra a tolerância econômica e contra o desempenho de qualquer trabalho que possa interferir no seu desenvolvimento físico e mental.

Fica estabelecido que a criança não poderá ser separada, retirada de seu ambiente familiar contra a vontade de seus pais, exceto quando ela estiver sofrendo maus-tratos, ou quando a família não zelar pelo seu bem-estar. Isso ocorrendo, o aplicador do direito deve verificar se a separação é do interesse superior da criança. Se houver separação, a criança tem o direito de optar se quer ter ou não contato com ambos os pais.

Se a criança fizer parte de minorias étnicas, linguísticas ou de origem indígena, não lhe será negado o direito de professar suas crenças e costumes. Além disso, a criança será protegida contra qualquer trabalho que seja nocivo a sua saúde física, mental e moral. Para isto, foram estabelecidas idades mínimas para a admissão de empregos, como também horários e condições de trabalho.

3.2 Órgãos institucionais do sistema global

3.2.1 Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (OHCHR)

O principal órgão de defesa dos direitos humanos é o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. Ele foi criado pela Resolução

n. 48/141 da Assembleia Geral da ONU em 1993, em virtude de recomendação da Conferência Mundial sobre Direitos Humanos ocorrida também em 1993. O OHCHR tem sua sede em Genebra e é chefiado pelo Alto Comissário das Nações Unidas, o mais alto funcionário para o tema.

O OHCHR tem como objetivo proteger os direitos humanos em todo o mundo, liderar e promover campanhas conferindo mais visibilidade e relevância ao tema. Além disso, o Alto Comissariado trabalha em diferentes direções, como: contribuir para a elaboração de novas normas de direitos humanos e monitorar a sua observância e aplicação pelos Estados.

Nas suas ações, o OHCHR terá como prioridade atender os casos mais urgentes relativos a desrespeito dos direitos humanos. Também atenderá rapidamente pessoas que estejam em condição vulnerável em relação à garantia dos direitos fundamentais. O Alto Comissariado, além de trabalhar de maneira preventiva e repressiva com os Estados, busca estabelecer parcerias com ONGs de todo o mundo com o objetivo de promover a defesa dos direitos.

O diplomata brasileiro Sérgio Vieira de Mello, quando exercia o cargo de Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos, foi morto em um atentado terrorista em Bagdá, em agosto de 2003.

3.2.2 Conselho de Direitos Humanos

O Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas (UNHRC/CDH) foi criado em 2006 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, para substituir a antiga Comissão de Direitos Humanos da Organização.

O Conselho é composto por representantes de quarenta e sete Estados, eleitos pelos membros da Assembleia Geral para um mandato de três anos, com direito a uma reeleição para um período subsequente, segundo o critério de repartição geográfica. É um órgão vinculado à Assembleia Geral da ONU com sede em Genebra.

O Conselho de Direitos Humanos foi instituído para substituir a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, criada em 1946. Em virtude disso, seu objetivo é o de promover negociações de tratados de direitos humanos, servindo de foro para discussões na matéria, pois esse sempre foi o papel da Comissão, até sua extinção.

A função geral do Conselho de Direitos Humanos é promover o respeito aos direitos humanos por meio do acompanhamento do cumprimento dos compromissos internacionais celebrados pelos entes estatais na matéria.

Outra função do Conselho, herdada da extinta Comissão, é a de implementar o sistema de “relatores especiais” (*special rapporteurs*), que atuam em situações de especial risco para os direitos humanos em certos países. Tais relatores visitam *in loco* os países. Contudo, tais visitas dependem de anuência prévia dos Estados, por meio dos chamados convites permanentes (*standing invitations*). Com base nos relatórios, o Conselho pode formular recomendações à Assembleia Geral.

Cabe ao Conselho realizar o Exame Periódico Universal sobre o cumprimento das obrigações dos Estados. É uma função complementar às funções dos órgãos de tratados, que veremos em seguida. Para este exame, o Conselho se vale de informações dos próprios Estados, do Alto Comissariado e de ONGs e instituições acadêmicas que atuam na defesa dos direitos humanos.

3.2.3 Comitê de Direitos Humanos

O Comitê de Direitos Humanos é um dos chamados “órgãos de tratados”. São instituições criadas especificamente para monitorar a aplicação das normas de um tratado firmado perante as Nações Unidas. No caso do Comitê de Direitos Humanos, o tratado que lhe compete fiscalizar é o Pacto dos Direitos Civis e Políticos.

O funcionamento do Comitê é regulado pelos arts. 28 a 45 do Pacto e pelo Protocolo Facultativo ao Pacto dos Direitos Civis e Políticos, celebrado em 1966, e também em vigor no Brasil.

O Comitê se reúne, no mínimo, três vezes por ano. É formado por especialistas, de reconhecida competência na área de direitos humanos, eleitos para um mandato de quatro anos, com direito à reeleição ilimitada. Em virtude do critério da repartição geográfica, é vedada a participação de mais de um nacional de um mesmo Estado no órgão ao mesmo tempo. Tais especialistas agem a título pessoal, ou seja, independentemente do Estado de origem ou do qual são nacionais.

3.2.4 Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

O comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais é um outro “órgão de tratados” do Sistema Global. Foi criado com o objetivo de acompanhar os termos do Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, por meio da Resolução n. 1.985/17, do Comitê Econômico e Social da ONU (ECOSOC).

Suas funções são muito semelhantes às do Comitê de Direitos Humanos, porém o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais não tem poderes para apresentar denúncias feitas por Estados em relação aos outros Estados, nem para receber petições individuais.

O Comitê está encarregado, sobretudo, de dirigir relatórios periódicos e recomendações ao ECOSOC que, por sua vez, os encaminhará à Assembleia Geral da ONU.

4. Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos

4.1 Noções introdutórias

O Sistema Global, em virtude de sua extensão e complexidade, nem sempre consegue dar respostas efetivas aos desrespeitos aos direitos e garantias fundamentais. Neste contexto, surgem os sistemas regionais, frutos da pragmática da política internacional, que vê em tais sistemas formas mais céleres e eficazes de se chegar ao objetivo final que é garantir o respeito à dignidade da pessoa humana.

No momento, temos três sistemas distintos (europeu, americano e africano), com os mesmos objetivos, mas com práticas diversas. Todos eles, entretanto, buscando a prevalência dos Direitos Humanos, segundo as regras internacionalmente admitidas. Cada um desses sistemas tem seus mecanismos para corrigir desvios no campo desses direitos, consentidos em ações ou omissões dos Estados.

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem precede em alguns meses a Declaração Universal (ambas são de 1948: a americana é de abril e a universal foi proclamada em dezembro). Assim como a Universal,

a Declaração Americana tem como sujeito a pessoa humana, com seus artigos se referindo ao ser humano com frequência.

Já a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) e os pactos e protocolos que se lhe seguiram são endereçados aos Estados, e não aos indivíduos (“Os Estados partes nesta Convenção [...] Os Estados Americanos, conscientes do disposto na Convenção [...]”).

É deste sistema, aplicável ao Brasil e constituído de normas e organismos, que trataremos neste capítulo.

4.2 O sistema interamericano

O continente americano nos dá um bom exemplo de regionalização dos direitos humanos, no âmbito da OEA e da cooperação interamericana, ao instituir um mecanismo de proteção sofisticado, fortemente inspirado no modelo europeu.

Apesar de o sistema ser bom, é inegável que o nível de respeito aos direitos e garantias fundamentais, em especial no aspecto social, ainda é bastante baixo na América Latina e no Caribe. Afinal, trata-se de regiões repletas de democracias em consolidação, com uma cultura de violência e de impunidade, além de um elevado grau de desigualdade social.

Entretanto, a preocupação da OEA com os Direitos Humanos é real e data da sua fundação, como se pode verificar, em sua carta constitutiva, adotada em Bogotá, em 30 de abril de 1948, que, em seu Preâmbulo, afirma:

[...] o verdadeiro sentido da solidariedade americana e de boa vizinhança não se pode conceber senão consolidando, no continente e no quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade individual e de justiça social baseado no respeito aos direitos fundamentais do homem.

A carta ainda previa a criação de uma Comissão Interamericana dos Direitos do Homem, órgão consultivo da OEA sobre a matéria. A Comissão, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, de 1969) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos formam o tripé legal e institucional do Sistema Interamericano.

4.2.1 A Convenção Americana

A Convenção Americana sobre os Direitos do Homem, de 22 de novembro de 1969, adotada pelos Estados-membros da OEA em São José (Costa Rica), entrou em vigor em 18 de julho de 1978, com o depósito do 11º instrumento de ratificação. É o instrumento maior do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Vinte e cinco Estados ratificaram a Convenção até os dias atuais. Convém ressaltar que os Estados Unidos e o Canadá não ratificaram até então a Convenção. Os EUA assinaram, mas não ratificaram. O Canadá, por sua vez, sequer a assinou.

O Pacto afirma, em seu Preâmbulo, que os direitos fundamentais do homem, não obstante o fato de pertencer a um dado Estado, repousam sobre os atributos da pessoa humana, e que um regime de liberdade individual e de justiça social não pode ser estabelecido senão no quadro das instituições democráticas.

Em termos de direitos, o Pacto reconhece e assegura um catálogo de direitos civis e políticos muito semelhante ao previsto pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da ONU. Entre tais direitos, destacamos:

- a) direito à vida;
- b) direito à liberdade;
- c) direito a um julgamento justo;
- d) direito à compensação por erro judiciário;
- e) liberdade de expressão;
- f) liberdade de religião e de consciência;
- g) direito de participar do governo;
- h) direito à privacidade;
- i) liberdade de pensamento e expressão;
- j) direito de não ser submetido à escravidão.

No campo dos direitos sociais e econômicos, importante destacar que a Convenção **não enuncia especificamente nenhum deles**. Ela se limita a determinar que os Estados alcancem, progressivamente, cada um de tais direitos, por meio das medidas cabíveis, nos termos do art. 26 do Pacto.

Do ponto de vista institucional, há uma grande semelhança com o Sistema Europeu: criam-se uma Comissão e uma Corte Regional de Direitos Humanos.

4.2.2 A Comissão Interamericana de Direitos Humanos

A Comissão e a Corte são os dois principais órgãos do Sistema Interamericano. Embora existam órgãos específicos para a fiscalização do cumprimento de alguns tratados (como a Comissão Interamericana de Mulheres), a Comissão e a Corte são os órgãos mais atuantes e que merecem um estudo mais detido.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, na forma do que dispõe a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, é um órgão autônomo da OEA, cuja função principal é promover a observância, a defesa e a promoção dos Direitos Humanos e servir como órgão consultivo da OEA sobre a matéria.

Ela se compõe de sete membros, eleitos a título pessoal, para um mandato de quatro anos, renovável por mais quatro, pela Assembleia Geral da Organização, dentre pessoas de alta autoridade moral, que tenham se destacado na área do conhecimento dos direitos humanos. Tem sua sede em Washington e suas atividades previstas e reguladas no Pacto de San José, entre seus arts. 34 a 51.

A Comissão não tem função jurisdicional, mas exerce uma enorme influência sobre os países-membros. É ela que recebe as denúncias de violações que lhe são apresentadas pelas vítimas ou por quaisquer pessoas ou organizações não governamentais, contra atos que violam os direitos fundamentais por parte dos Estados ou que não tenham encontrado reconhecimento ou proteção por parte dos mesmos Estados. Tal fato faz com que a Comissão tenha uma função, nesta área, semelhante à atuação do Ministério Público.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos processa essas denúncias, e, após examiná-las e admiti-las, faz recomendações aos Estados. Ao final, decide se apresenta ou não o caso à Corte Interamericana. Assim, a Corte só passa a decidir sobre os casos que lhe são apresentados pela Comissão ou por um Estado-parte.

Entre as funções da Comissão, destacam-se:

- a) formular recomendações aos Estados sobre o cumprimento dos Direitos Humanos;
- b) preparar estudos ou relatórios sobre Direitos Humanos;
- c) solicitar informações aos Estados sobre o cumprimento de direitos e garantias;
- d) resolver consultas dos Estados sobre Direitos Humanos;
- e) apresentar um relatório anual à Assembleia da OEA;
- f) receber petições individuais por qualquer pessoa ou de outros Estados-partes.

No tocante à função de receber petições, algumas restrições se aplicam. Por exemplo, é necessário o **esgotamento dos recursos na jurisdição interna**, que a comunicação seja feita em **até seis meses após a notificação da decisão interna** definitiva e que a matéria objeto da petição não esteja pendente de julgamento em outro foro internacional.

O esgotamento das instâncias nacionais, contudo, é relativizado, não se aplicando caso haja demora injustificada na apreciação dos recursos. Ou seja, tal requisito só é aplicável se o Estado oferecer recursos eficazes e acessíveis aos seus cidadãos.

Sendo admitida a petição, a Comissão solicita ao Estado envolvido informações sobre o problema, fixando um prazo para seu envio. Após receber as informações, a Comissão pode arquivar a petição (caso se satisfaça) ou pode iniciar o Exame do Caso, gerando um Relatório ao final, com suas recomendações sobre o caso. Os Estados podem aceitar e implementar as recomendações ou submeter o caso à apreciação da Corte Interamericana.

Caso o Estado violador não cumpra com as recomendações no prazo estipulado, a Comissão poderá publicar o relatório, como forma de pressionar o infrator.

Para os Estados que não aceitaram a cláusula de jurisdição obrigatória da Corte Interamericana, a Comissão é o órgão único de solução de litígios do sistema. Ela concentra, em um único órgão, a investigação dos fatos, a apreciação dos argumentos jurídicos e a imposição de sanções, embora leves.

Apesar de não possuir função jurisdicional, a Comissão tem se mostrado o órgão mais eficaz do Sistema Interamericano, ao menos no que concerne às suas conquistas no Brasil. Entre os avanços trazidos pela Comissão podemos citar:

CONQUISTA	INSTRUMENTO LEGAL
Indenização para vítimas de torturas políticas	Lei n. 9.140/95
Limitações a imunidade parlamentar	Emenda n. 35/2001
Igualdade de tratamento para mães adotivas (licença-maternidade)	Lei n. 10.421/2002
Legislação mais rigorosa relativamente à violência doméstica	Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006)

4.2.3 A Corte Interamericana de Direitos Humanos

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é o órgão jurisdicional do Sistema Interamericano. Prevista nos arts. 52 a 73 do Pacto de San José da Costa Rica, a Corte tem sua sede na cidade em que o Pacto foi assinado.

Trata-se de tribunal composto por sete juízes nacionais dos Estados-membros da OEA, eleitos a título pessoal dentre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos, que reúnam as condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções judiciais, de acordo com a lei do Estado do qual sejam nacionais.

A Corte tem uma competência judicante e uma competência consultiva. No exercício de sua jurisdição, a Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e à aplicação das disposições da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, desde que os Estados-partes, no caso, tenham reconhecido a sua competência. Somente a Comissão Interamericana e os Estados-partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos podem submeter um caso à decisão da Corte.

O Brasil reconheceu a competência obrigatória da Corte Interamericana por meio do Decreto n. 4.463/2002. Embora o reconhecimento seja por prazo indeterminado, ele abrange apenas os fatos ocorridos após 10-12-1998, data em que a Declaração de Reconhecimento da Competência obrigatória foi depositada na Secretaria-Geral da OEA. É de registrar que o reconhecimento brasileiro foi feito “sob reserva de reciprocidade”, ou seja, o Brasil só se submete a processos na Corte se o outro Estado que for parte no feito também se submeter àquela jurisdição.

Caso reconheça que efetivamente ocorreu a violação à Convenção, determinará a adoção de medidas que se façam necessárias à restauração do direito então violado, podendo condenar o Estado, inclusive, ao pagamento de uma justa compensação à vítima.

Como exercício de sua competência consultiva, a Corte Interamericana tem desenvolvido análises elucidativas a respeito do alcance e do impacto dos dispositivos da Convenção Americana, emitindo opiniões que têm facilitado a compreensão de aspectos substanciais da Convenção, contribuindo para a construção e a evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos no âmbito da América Latina.

Apesar de o Sistema Interamericano ser muito inspirado no Sistema Europeu, na Corte Interamericana não é reconhecido o direito postulatório das supostas vítimas, seus familiares ou organizações não governamentais, ao contrário do que ocorre na sua congênere europeia. Somente a Comissão e os Estados-partes da OEA têm legitimidade para a apresentação de demandas ante a Corte. Desse modo, qualquer indivíduo que pretenda submeter denúncia à apreciação da Corte deve, necessariamente, apresentá-la à Comissão Interamericana.

A partir do ano de 1996, todavia, inovação trazida pelo III Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos ampliou a possibilidade de participação do indivíduo no processo, autorizando que os representantes ou familiares das vítimas apresentassem, de forma autônoma, suas próprias alegações e provas durante a etapa de discussão sobre as reparações devidas.

Além disso, hoje, com as alterações trazidas pelo IV Regulamento, também é possível que as vítimas, seus representantes e familiares não só ofereçam suas próprias peças de argumentação e provas em todas as etapas

do procedimento, como também façam uso da palavra durante as audiências públicas celebradas, ostentando condição muito próxima a de partes no processo.

Capítulo 5

◆ Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1988

1. Banalização da expressão direitos fundamentais

Em virtude da relevância que os Direitos Humanos ganharam nos últimos tempos, em especial ao longo da década de 1990, quando as conquistas da Constituição de 1988 foram consolidadas, a expressão direitos fundamentais caiu no uso popular.

O uso recorrente do termo “fundamentais” enfraquece o que realmente se quer dizer com tal expressão. Por isso, alguns doutrinadores criaram teorias para que o direito fosse considerado fundamental.

Maurice Cranston ensina que um direito *fundamental* deve ser um direito moral e universal, algo que ultrapasse as barreiras físicas e temporais, algo que é devido a todo ser humano por ele “ser humano”.

Robert Alexy, por sua vez, sustenta que, para ser *fundamental*, o direito deve ser *universal, moral, protegido* pelo direito positivo estatal, ter grande *importância* para o indivíduo e ser *abstrato*.

Quem aponta para o lugar-comum que a expressão *Direitos Fundamentais* ganhou nos últimos tempos é George Marmelstein. Ele afirma que, nos dias atuais, todos querem afirmar que seu direito é fundamental para dar destaque ao seu pleito. Contudo, não podemos correr o risco de, com isso, banalizar o uso do termo.

2. Principais direitos fundamentais

A teoria dos direitos fundamentais vem se consolidando a partir da Segunda Guerra Mundial em virtude da crença de que a dignidade da

pessoa humana é um valor que deve fundamentar e orientar todo e qualquer exercício do poder.

Tal teoria passou a ter relevância no Brasil especificamente com o advento da Constituição Federal de 1988.

A Constituição Cidadã rompeu de vez com o passado autoritário e, no lugar da supressão de liberdades imposta durante a ditadura militar, fez surgir novos valores, favoráveis à redução das desigualdades sociais, aos direitos fundamentais, à democracia e a todos os valores ligados à dignidade da pessoa humana.

Embora ainda exista um grande descompasso entre o texto constitucional e a realidade socioeconômica brasileira, são nítidos os avanços em matéria de direitos fundamentais com o advento do texto constitucional.

Este intento que norteou o processo constituinte se faz presente até mesmo na ordem em que os Direitos Fundamentais são trazidos pelo Constituinte: no início do texto, com notável destaque em relação às outras disposições.

A ideia de que a dignidade da pessoa humana é um valor que deve fundamentar e orientar todo e qualquer exercício do poder é facilmente percebida na Constituição não apenas pela primazia topográfica, mas por expressa previsão do primeiro artigo da Constituição, que elege a dignidade da pessoa humana como fundamento da República e do Estado Democrático de Direito que ali eram instituídos.

Ademais, os artigos que dispõem sobre os direitos fundamentais foram considerados **cláusulas pétreas**, de modo que não podem ser abolidos, inclusive por meio de emendas constitucionais (art. 60, § 4º, IV).

O Constituinte ainda criou instrumentos jurídicos processuais de proteção contra o abuso de poder, como os Remédios Constitucionais (*habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança, mandado de injunção e a ação popular), a ação civil pública e o sistema de controle de constitucionalidade. Neste ponto, o constituinte optou por não apenas enunciar os direitos, mas instituir mecanismos para protegê-los e concretizá-los.

Esta é a grande importância do chamado *processo de constitucionalização dos direitos humanos*. A partir do momento em que

tais Direitos estão no texto constitucional, como cláusulas pétreas, tem-se um grande reforço a sua proteção. Sobretudo quando este texto vem acompanhado de mecanismos processuais e institucionais, pois houve um considerável reforço na importância do Ministério Público com o advento da Constituição.

Neste capítulo, analisaremos os principais direitos e garantias fundamentais incorporados e consagrados por nossa Constituição. Tais direitos, embora já estivessem previstos em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, não eram respeitados. Com sua constitucionalização, isso começou a mudar.

2.1 Direito à vida

Direito diretamente ligado à existência do ser humano e, por consequência, condição para o exercício dos demais direitos, o direito à vida é assegurado pela Constituição a todos os brasileiros e estrangeiros, sem qualquer distinção entre eles. Tal direito é previsto logo no *caput* do artigo reservado para os direitos civis e políticos: o art. 5º da Constituição.

No entanto, a interpretação deste direito traz uma grande carga de complexidade: saber quando começa a vida é uma das questões que o Direito e a ciência ainda não lograram responder com precisão. E tal indefinição apresenta maiores problemas aos quais os Tribunais precisam responder com soluções concretas.

Entre tais questões relacionadas à interpretação do direito à vida, estudaremos: (a) o problema do *aborto e a proteção dos direitos do nascituro*; (b) as *pesquisas com células-tronco*; (c) a *pena de morte*; e (d) o *direito a receber medicamentos*.

a) O aborto e a proteção dos direitos do nascituro

Uma das grandes dúvidas do mundo jurídico é determinar o momento em que a vida se inicia. Para efeitos jurídicos, os direitos da cidadania só existem a partir do nascimento com vida. Contudo, há um consenso mundial no sentido de que a vida do nascituro também merece proteção do Estado, impondo à sua genitora deveres negativos, de forma a assegurar que este venha ao mundo.

Entretanto, em todo o mundo, existem níveis de proteção diferentes à vida intrauterina, havendo países que permitem o aborto, desde que este ocorra até um determinado tempo de gestação. Assim, quanto maior o tempo de gestação, maior a proteção conferida à vida do feto.

No Brasil, o art. 2º do Código Civil prevê que “a personalidade civil começa com o nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. O Pacto de San José da Costa Rica, em seu art. 4º, também protege o nascituro, quando assegura o direito à vida, nos termos da lei, devendo, em geral, proteger tal direito desde o momento da concepção.

O texto do Pacto é bastante claro: o direito à vida será preservado nos termos da lei. Aqui no Brasil, o Código Penal criminaliza a conduta, em seus arts. 124 a 127. Contudo, no art. 128, são estabelecidas as circunstâncias em que o aborto é possível. São elas:

- a) não houver meio de salvar a vida da gestante;
- b) gravidez resultante de estupro.

Em outros países, as hipóteses de aborto lícito são mais extensas. No Brasil, porém, esta foi a escolha do legislador, optando, em regra, por proteger a vida desde a concepção.

Todavia, uma situação extrema causaria um profundo debate na sociedade: o aborto dos fetos anencéfalos. Trata-se de uma situação rara na qual, após alguns meses de gestação, é possível diagnosticar a ausência de cérebro no feto que, embora se desenvolva dentro do útero, morrerá assim que nascer.

No plano concreto, tal fato ocorreu com a Sra. Gabriela Cordeiro, no Rio de Janeiro, tendo o médico decidido pelo aborto. Por não haver previsão expressa no Código Penal permitindo este tipo de aborto, um padre católico ingressou com um *habeas corpus* em favor do nascituro (STJ, HC 32.159/RJ), obtendo liminar proibindo o aborto. Em seguida, uma Associação de Defesa dos Direitos da Mulher ingressou com um novo *habeas corpus*, agora no Supremo Tribunal Federal (HC 84.025), que restou prejudicado em virtude do fim da gravidez, tendo a Sra. Cordeiro dado à luz uma criança cujo coração parou de bater sete minutos após o parto.

Em virtude da polêmica, a Confederação Nacional dos Profissionais de Saúde ingressou com uma arguição de descumprimento de preceito

fundamental (STF, ADPF/DF 54, rel. Min. Marco Aurélio), pleiteando que o Supremo Tribunal Federal desse interpretação conforme os artigos do Código Penal sobre o aborto, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, no sentido de que o aborto de fetos anencéfalos não seria criminoso. Segundo a petição inicial da arguição de descumprimento de preceito fundamental, o direito à vida de um feto sabidamente inviável não poderia se sobrepor ao direito à dignidade humana da gestante.

No momento, a ADPF 54 ainda aguarda julgamento, embora diversos ministros já tenham adiantado seu voto, no sentido de permitir o aborto do feto anencefálico. Contudo, cada gestante cujo feto seja diagnosticado com o problema deverá buscar o Judiciário para obter decisão aplicável ao seu caso, autorizando o aborto. Tais decisões têm sido relativamente comuns (cf. TJRS, Apelação n. 70031802614) no Judiciário brasileiro.

b) As pesquisas com células-tronco

A falta de consenso sobre o início da vida também gerou uma grande discussão no Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de se fazer uso, em pesquisas, de células-tronco embrionárias provenientes de embriões humanos não utilizados nos procedimentos de fertilização *in vitro*.

A discussão chegou ao Supremo por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510/DF, pela qual o Procurador-Geral da República questionava a constitucionalidade da Lei de Biossegurança (Lei n. 11.105/2005) que regulamentou a matéria.

Em sua decisão, em 2008, o relator do caso, Ministro Ayres Britto, entendeu que tais células não são sequer uma vida humana em potencial, não sendo passíveis de proteção jurídica. Segundo o ministro, até o 14º dia de gestação, tem-se um “pré-embrião”, sendo possível falar em embrião humano apenas a partir de tal data.

O ministro concluiu privilegiando o princípio utilitarista, ao dizer que

[...] mesmo que não adotada a concepção acima comentada, que demonstra a distinção entre a condição do pré-embrião (massa indiferenciada de células da qual um ser humano pode ou não emergir), e do embrião propriamente dito (unidade biológica detentora de vida humana individualizada), destaco a plena aplicabilidade, no presente caso, do princípio utilitarista, segundo o qual deve ser buscado o

resultado de maior alcance com o mínimo de sacrifício possível. O aproveitamento, nas pesquisas científicas com células-tronco, dos embriões gerados no procedimento de reprodução humana assistida é infinitamente mais útil e nobre do que o descarte vão dos mesmos.

Dessa forma, concluiu o Supremo serem viáveis as pesquisas com células-tronco de embriões humanos não utilizados no processo de fertilização *in vitro*, nos termos da Lei de Biossegurança.

c) A pena de morte

A pena de morte há muito foi erradicada do Brasil e não faz parte da nossa cultura jurídica. Contudo, em momentos de crimes mais violentos ou que choquem de forma mais sensível a sociedade brasileira, este debate é reaberto, embora sua repercussão seja mínima no mundo jurídico.

Na verdade, a pena de morte é um contrassenso jurídico. No livro *Dos delitos e das penas*, o jurista italiano Cesare Beccaria faz as seguintes considerações, que julgamos muito apropriadas:

Parece-me um absurdo que as leis, que são a expressão da vontade pública e que detestam e castigam o homicídio, o cometam elas próprias, e para afastarem os cidadãos do assassinato ordenem elas próprias um assassinato público (*Dos delitos e das penas* – Cesare Beccaria).

Nossa Constituição a proibiu expressamente, em seu art. 5º, XLVII, *a*. Além disso, o Pacto de San José da Costa Rica também não permite seu restabelecimento, em seu art. 4º, item 3.

Importante atentar que, em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84 da Constituição, pode haver pena de morte, sendo esta a única hipótese aceita em nosso ordenamento jurídico.

d) O direito a receber medicamentos

Outra situação em que o direito à vida é posto em evidência é a do portador de enfermidade grave que não tem condições financeiras de arcar com os custos do seu tratamento de saúde. Aqui, o dever de o Estado garantir a seus cidadãos o direito à vida se confunde com o dever de oferecer ao cidadão condições mínimas de saúde.

Tanto o Supremo Tribunal Federal (STF, AgR 625.570-2/RS, rel. Min. Celso de Mello) como o Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.028.835, rel. Min. Luiz Fux) têm decisões reconhecendo aos portadores de moléstias graves, sem disponibilidade financeira para custear o seu tratamento, o direito de receber gratuitamente do Estado os medicamentos de comprovada necessidade.

No entanto, tal possibilidade não pode ser vista como um direito de escolha do paciente e de seu médico particular de medicamentos específicos. O próprio Superior Tribunal de Justiça tem precedente no sentido de que, se o paciente não prova a ineficácia do remédio alternativo oferecido pelo Sistema Único de Saúde (SUS), não possui direito líquido e certo ao fornecimento do indicado pelo profissional de sua escolha (MS 28.338/MG, rel. Min. Eliana Calmon).

2.2 O direito à liberdade

Definir o que é ser livre é uma das grandes questões da humanidade, tendo sido enfrentada, entre outros, por filósofos como Kant, Bobbio e Descartes. Não é pretensão deste autor nem deste livro chegar a uma posição final sobre o tema. Entretanto, pode-se afirmar que a liberdade é a faculdade que todo indivíduo tem de escolher, sem restrições, fazer ou deixar de fazer alguma coisa, em virtude de sua exclusiva e íntima determinação.

A liberdade só pode ser plena se tiver alguns limites. E na fixação de tais limites a História aponta o cometimento de diversas arbitrariedades. Entre os limites geralmente aceitos, podemos citar a impossibilidade de causar prejuízo a outrem. É um lugar-comum afirmar que a liberdade de cada um se estende até a liberdade do outro. Contudo, no dia a dia do direito, as liberdades dos diversos atores jurídicos costumam se chocar. Vejamos como a Constituição e o Supremo enfrentaram tal tarefa de solucionar estes conflitos entre liberdades.

a) Liberdade de pensamento e de expressão

O direito ao livre pensamento e sua manifestação é um dos pilares da democracia. Nesse sentido, o constituinte, no art. 5º, IV, garantiu esse direito a todas as pessoas.

Essa disposição constitucional garante não só o direito de falar e de escrever, como também o de ouvir, ler. Uma de suas projeções é a liberdade de imprensa, cujos limites estão estabelecidos na própria Constituição (vedação do anonimato e direito de resposta) e têm sido estabelecidos na casuística do Supremo Tribunal Federal. De forma bastante comum, costuma-se conflitar o direito à liberdade de imprensa com o direito à intimidade.

É que a liberdade de imprensa engloba o direito de informar, o direito de buscar a informação, o direito de opinar e o direito de criticar. Na busca de tais informações e no exercício da função de criticar, com frequência, o jornalista se depara com o direito à privacidade e com a honra da pessoa que se pretende retratar ou criticar.

A regra da liberdade de expressão em nosso ordenamento é de que todos são livres para emitir suas ideias, sem censura prévia. Mas os que exercem tal liberdade ficam sujeitos a responder penal e civilmente pelos abusos que cometerem. E os veículos de comunicação devem assegurar o direito de resposta a quem se sentir ofendido.

O Supremo tem entendido que as críticas que os veículos de informação dirigem às pessoas públicas, por mais duras e veementes que possam ser, não podem ser consideradas ofensivas (AI 705.630-AgR, rel. Min. Celso de Mello).

Todavia, o entendimento do Supremo, há muito consolidado, é o de que a liberdade de expressão não pode ser compreendida como um direito ilimitado. O direito à livre expressão não pode abrigar manifestações de conteúdo imoral que impliquem ilicitude penal. Assim, tem entendido o Supremo que tal liberdade não alcança o “direito à incitação ao racismo”, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra (HC 82.424, rel. Min. Maurício Corrêa).

Outra discussão interessante é sobre os limites do humor com autoridades públicas, que recentemente tem se tornado rotina em diversos programas televisivos. Na ADIn 4.451, o Ministro Ayres Britto entendeu que o humor é uma das formas de atividade jornalística e que, em virtude disso, goza de plena liberdade, mesmo em períodos eleitorais.

b) Liberdade de consciência e de crença

A Constituição Federal traz em seu art. 5º, VI, a previsão da liberdade de consciência e de crença, sendo conferida proteção aos cultos, aos locais de culto e a suas liturgias.

Na verdade, a liberdade de consciência e crença é uma das vertentes da livre expressão do pensamento. Parte do princípio de que, para expressar sua crença espiritual, o indivíduo por vezes precisa expô-la à sociedade.

Situação interessante se dá quando os hábitos religiosos de alguns indivíduos interferem em direitos de terceiros ou sobre seus próprios corpos. Nesse sentido, despontam os casos das Testemunhas de Jeová, que não admitem transfusão sanguínea, e dos judeus, que guardam os sábados (*Shabat*), por considerarem dia santo, reservado ao descanso.

Na primeira situação, o Supremo Tribunal Federal ainda não se pronunciou sobre o tema, mas há decisões interessantes dos Tribunais, como a do Des. Boris Kauffmann, na Ap. Civ. 1327204/9, julgada pela 5ª Câmara de Direito Privado do TJSP. Neste caso, mesmo havendo uma declaração da própria paciente, negando-se a receber transfusões, o Tribunal entendeu que o direito à vida deveria se sobrepor à liberdade de crença.

Já na segunda situação, relativa a um pedido de estabelecimento de uma data alternativa para aplicação do Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), possibilitando a participação de estudantes judeus, o entendimento foi de que tal pleito afrontaria o princípio da isonomia, convolvendo-se em privilégio para um determinado grupo religioso (STA 389-AgR, rel. Min. Gilmar Mendes).

c) Liberdade de profissão ou econômica

O constituinte consagrou o já tradicional direito de liberdade profissional, no art. 5º, XIII, em que se lê: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

A proteção ao livre exercício profissional não é restrita ao art. 5º, uma vez que o art. 170, parágrafo único, também estabeleceu que “é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica,

independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

A interpretação de tais dispositivos nos traz a conclusão de que qualquer pessoa pode, em princípio, escolher a atividade profissional e econômica que deseja desempenhar, de acordo com seu próprio entendimento e conveniência. Contudo, isso não significa uma liberdade ampla e irrestrita, pois a própria Constituição estabeleceu que a lei pode exigir a observância de certos requisitos para o exercício de determinadas profissões.

Tal liberdade encontra limites na lei, que por sua vez é de competência exclusiva da União, nos termos do art. 22, XVI, da própria Constituição. No entanto, é certo que a lei não pode estabelecer limites que se confrontem com valores constitucionalmente albergados. Assim, por exemplo, para exercerem seu ofício, os médicos precisam ser formados em Medicina e os engenheiros, concluir um curso de Engenharia, e ambos devem se inscrever em seus respectivos conselhos profissionais.

Por seu turno, os advogados, além da necessidade de serem bacharéis em Direito, precisam obter aprovação no exame da Ordem dos Advogados do Brasil. Tal disposição fez com que alguns estudantes, não logrando êxito no Exame de Ordem, buscassem decisões judiciais, alegando que seu direito ao livre exercício profissional estaria sendo desrespeitado. A solução do Supremo veio por meio do RE 603.583, que, recentemente, decidiu por unanimidade ser constitucional a exigência do Exame de Ordem.

Na verdade, os requisitos que a lei pode estabelecer para o exercício de uma profissão têm de ser técnicos e aplicáveis a todos indistintamente. São inconstitucionais, contudo, dispositivos infraconstitucionais que prescrevem que algumas profissões estão reservadas a determinadas categorias de cidadãos. Na verdade, o legislador, mesmo tendo certa discricionariedade em estabelecer os requisitos para o exercício de determinadas profissões, não pode ser arbitrário. A lei em questão deve ser compatível com a ordem constitucional.

Um dos exemplos, a nosso ver, de dispositivo legal ofensivo à ordem constitucional é o art. 156 do Código Brasileiro de Aeronáutica que, embora permita aos estrangeiros o exercício da função de piloto comercial no território nacional, proíbe a estes que exerçam tal profissão de forma

remunerada. Neste caso, a origem do profissional não nos parece um critério constitucionalmente válido para o exercício profissional.

Sobre os limites da lei no estabelecimento de critérios para o exercício de uma profissão, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da exigência contida no Decreto-lei n. 972/69, que determinava que o diploma de conclusão do curso superior de Jornalismo seria condição indispensável para o exercício da profissão de jornalista. Segundo o Supremo, a atividade de jornalista não requer qualificações profissionais específicas indispensáveis à proteção da coletividade, razão pela qual a exigência se mostraria inconstitucional (STF, RE 511.961/SP, rel. Min. Gilmar Mendes).

2.3 Tutela da intimidade, vida privada, honra e imagem

O direito à privacidade, à honra e à imagem constitui a intimidade intransponível de cada pessoa. A intimidade deve ser entendida como a liberdade de se ter tranquilidade no desenvolvimento das relações pessoais e íntimas da vida.

Como já exposto, o direito à honra e à imagem enseja contínuos conflitos quando confrontado com a liberdade de expressão e de imprensa. Frequentemente, os meios de comunicação de massa publicam fatos, informações e imagens da vida pessoal de indivíduos sem sua autorização expressa.

O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, se o conteúdo da publicação é informativo, especialmente notícias policiais sobre crimes apurados em inquérito, não há ofensa à vida privada dos indivíduos, não respondendo civilmente o veículo de informação pela notícia publicada (STJ, 4ª Turma, REsp 42.844-0/SP, rel. Min. Dias Trindade).

2.4 Inviolabilidade do domicílio

A inviolabilidade do domicílio é uma das mais importantes garantias individuais. Com ela, fica assegurado o direito à privacidade, ao sossego e à segurança familiar. Esse direito só cede nos casos previstos na Constituição.

O conceito de domicílio na Constituição é diferente do exposto no Código Civil. Segundo o Superior Tribunal de Justiça, domicílio é todo local, delimitado e separado, que alguém ocupa com exclusividade, a qualquer título, inclusive profissionalmente (Ementário STJ n. 1.804-11).

Apesar de sua inviolabilidade, o domicílio não pode ser palco de práticas contrárias à lei, sob pena de tornar-se guardião da impunidade dos crimes praticados em sua extensão (STF, RE 86.926/PR, rel. Min. Cordeiro Guerra).

Neste sentido, só pode haver incursão no domicílio de outrem nas hipóteses trazidas pela Constituição:

- a) flagrante delito;
- b) desastre;
- c) prestação de socorro;
- d) por ordem judicial, desde que durante o dia.

Assim, a pessoa que se irresignar diante da violação do seu domicílio e não permitir a entrada das autoridades policiais não imbuídas de autorização judicial ou pelas razões previstas na Constituição não pode ser condenada pelo crime de desobediência.

2.5 Inviolabilidade dos dados e da comunicação

As correspondências, as informações telegráficas e as comunicações telefônicas também são invioláveis em nossa ordem jurídica. Entretanto, por meio de decisão judicial, e nas formas previstas em lei, tal inviolabilidade pode ser suspensa.

O próprio art. 5º, XII, traz os critérios objetivos que devem ser observados quando da suspensão desse direito:

- 1) haver ordem judicial;
- 2) servir para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;
- 3) apenas pode ocorrer nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer.

Portanto, pode-se dizer que a inviolabilidade dos dados cede quando confrontada com a necessidade de averiguação de determinado comportamento criminoso do sujeito. Todavia, o sigilo de comunicação entre o investigado e seu advogado não pode ser violado por ser uma das

garantias do devido processo legal. Só será possível que haja tal interceptação se o advogado também for suspeito da atividade criminosa.

O dispositivo responsável por regulamentar as hipóteses legais que autorizam a relativização do sigilo das comunicações é a Lei n. 9.296/96. Nela, fica estabelecido que a escuta deve ser *provisória* (não superior a 15 dias, renováveis por mais 15) e, para que o juiz a determine, é necessário que:

- i. haja indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;
- ii. a prova não possa ser feita por outros meios disponíveis;
- iii. o fato investigado seja punido no máximo com pena de detenção.

Recentemente, uma ação da Polícia Federal recebeu especial atenção da mídia: a chamada Operação Hurricane. Na ocasião, a Polícia Federal investigava uma quadrilha que atuava com máquinas caça-níqueis e venda de decisões judiciais.

Entre os acusados, havia um ministro e um advogado. Realizou-se escuta no escritório do advogado, e esta foi superior ao prazo legal. O ato da Polícia Federal foi questionado no Supremo Tribunal Federal, que era competente para autorizar tal escuta, em virtude de um ministro ser investigado.

Para o Supremo, a garantia de inviolabilidade de sigilo entre advogado e acusado não é aplicável nos casos em que o próprio advogado é acusado do crime. Além disso, decidiu-se que é lícita a prorrogação do prazo legal de autorização para interceptação telefônica, ainda que de modo sucessivo, quando o fato seja complexo e, como tal, exija investigação diferenciada e contínua (STF, Inq. 2.424, rel. Min. Cezar Peluso).

2.6 Liberdade de reunião e associação

A liberdade de reunião e de associação é um dos princípios inerentes à democracia. A Constituição Federal prevê, no art. 5º, XVI, que todos podem se reunir pacificamente em locais abertos, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente. Aqui, temos a exigência de mero **aviso**, não sendo necessário requerer **autorização** do Poder Público para qualquer reunião.

As associações estão previstas na Constituição Federal no art. 5º, XVII a XXI. Nesses dispositivos, é admitida a livre criação de associações, desde que possuam fins lícitos, e não paramilitares. Da mesma forma, ninguém poderá ser obrigado ou coagido a associar-se ou permanecer associado.

A criação de associações e cooperativas independe de autorização, sendo vedada a interferência estatal. Preza-se a autonomia das associações que cumprem os quesitos previstos em lei para a sua criação e o seu funcionamento. Também é garantida em forma de lei a legitimidade das associações para representarem seus associados judicial ou extrajudicialmente.

Essas características das associações são amplamente asseguradas pela jurisprudência, como a da não interferência do Estado na organização sindical (STJ – 1ª Seção, MS 362/DF, rel. Min. Pedro Aciole) e a da liberdade associativa (STJ – 1ª Seção, MS 1.703-0/DF, rel. Min. Milton Luiz Pereira).

2.7 Direito de propriedade

Para o funcionamento do capitalismo, é fundamental que a propriedade seja respeitada. É dessa segurança jurídica que decorrem os negócios que trazem prosperidade às nações. Ciente disso, o constituinte brasileiro tratou de assegurar a todas as pessoas, físicas ou jurídicas, de direito privado ou público, o direito à propriedade.

Para algumas pessoas, causa certa estranheza algo patrimonial, como a propriedade, ser elevado à condição de direito fundamental. Contudo, para a imensa maioria das pessoas, ver aquilo que entende ser seu aviltado por terceiro provoca extrema revolta, interferindo até na dignidade de alguns.

O constituinte, contudo, não trouxe a propriedade para a Constituição como um direito absoluto. Ele está previsto nos incisos XXII e XXIII do art. 5º da Constituição, em que fica estabelecido que a propriedade atenderá a sua função social, e para tal, a propriedade rural, nos termos do art. 186 da Constituição, deve:

- a) ter um aproveitamento racional e adequado;
- b) utilizar adequadamente os recursos naturais disponíveis, preservando o meio ambiente;
- c) observar a legislação do trabalho;

d) ser explorada de forma a favorecer o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

A função social da propriedade urbana, por sua vez, é regulada pelo art. 182 da Constituição Federal. O texto determina que a propriedade urbana cumpre a sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no Plano Diretor.

O Estado tem o poder/dever de intervir na propriedade para adequar seu uso ao interesse público. Para isto, tem a ferramenta da desapropriação a seu dispor. Quando a intervenção for realizada com o propósito de atender ao interesse público, a desapropriação deverá ser precedida de uma indenização.

Entretanto, se a intervenção ocorrer em virtude de a propriedade não atender à função social, não há falar em indenização prévia. Neste caso, a Constituição permite o pagamento da indenização em títulos da dívida agrária, resgatáveis em até 20 anos.

3. Principais direitos fundamentais vinculados à dimensão da igualdade

3.1 Direito à igualdade

O princípio da isonomia é um dos grandes fundamentos das democracias contemporâneas. Influenciados pelas terríveis desigualdades que a humanidade criou entre si ao longo da História, diversos pensadores, antigos e mais atuais, debruçaram-se sobre o tema.

A Constituição muito se preocupou com o princípio da igualdade. Para começar, consagrou o princípio em seu Preâmbulo, colocando “a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”.

Em seguida, no art. 3º, IV, dispôs que, entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, está o de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

No *caput* do art. 5º, afirma-se que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”. No art. 7º, ao tratar dos direitos sociais e do trabalho, proibiu que critérios como sexo, idade, cor, estado civil ou

posse de deficiência servissem de definidores de salário ou cargos a serem exercidos (art. 7º, XXX e XXXI).

Quando falamos de isonomia, não podemos deixar de lembrar que a igualdade costuma ser vista sob dois aspectos: a *igualdade formal*, representada pela *igualdade perante a lei*, e a igualdade material, externada pelos mecanismos constitucionais, em especial os direitos sociais e econômicos, que buscam assegurar a *igualdade dos pontos de partida*.

Estabelecer a igualdade, tanto formal quanto material, foi sempre o maior desafio de um Estado Democrático de Direito, pois a concreção do princípio da igualdade passa pela determinação prévia de quem são os iguais e quem são os desiguais.

Na verdade, a natureza fez o homem exteriormente desigual, mas ontologicamente igual. O direito precisa atribuir algumas distinções entre seres que, aparentemente, são diferentes, para aproximá-los.

A primeira conquista foi estabelecer que tão somente a lei poderia atribuir tais diferenças. Contudo, entregar esta missão ao legislador não bastava. Era necessário oferecer-lhe parâmetros, afinal, as mais absurdas distinções, como a escravidão e o Holocausto, estavam baseadas na lei.

Assim, a segunda conquista para a concreção da igualdade foi estabelecer que os tratamentos diferenciados, para serem juridicamente aceitos, precisam estar previstos expressamente na Constituição Federal ou devem guardar compatibilidade com algum princípio nela inserido.

Nesse sentido, quem melhor definiu como realizar o teste de compatibilidade de uma norma que estabelece um tratamento diferenciado com a Constituição foi o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, que afirma, em seu célebre livro *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, que o ponto nodular para exame da correção de uma regra em face do princípio isonômico reside na existência ou não de correlação lógica entre o fato erigido em critério de *discrímen* e a discriminação legal decidida em função dele.

Importante lembrar que a correlação lógica lecionada pelo Professor Bandeira de Mello normalmente não é estática, podendo variar no tempo e espaço em razão de transformações éticas, culturais, sociais.

Portanto, limitar o exercício da profissão de médico aos que concluíram um curso de Medicina é um critério de discriminação que guarda correlação

lógica com a profissão de médico e com os valores constitucionais protegidos, como o direito à vida e à saúde. Todavia, se, por mero exemplo, adviesse uma lei estabelecendo que o exercício da Medicina era restrito às pessoas nascidas em determinado Estado ou das pessoas que concluíram um curso superior em Engenharia, evidentemente que tal lei não passaria no teste de constitucionalidade. Não haveria correlação lógica entre o *discrímén* e a discriminação legal trazida.

3.2 Igualdade perante a lei x igualdade na lei

Existem situações em que a lei não pode desconsiderar as profundas desigualdades sociais e biológicas que diferenciam os indivíduos. Por isso, a doutrina mais atual do Direito constitucional costuma afirmar que, além da *igualdade perante a lei*, é necessária também uma *igualdade na lei*.

Trata-se de uma regra de calibragem do sistema constitucional, cujo fundamento está no reconhecimento das diferenças reais existentes entre as pessoas.

A *igualdade na lei* nada mais é que uma forma atual de afirmar que uma determinada lei atende ao princípio da isonomia, tratando os diferentes de forma distinta, na medida de sua desigualdade. Com base nessa lógica, o legislador brasileiro cria tratamentos específicos para grupos socialmente mais vulneráveis, como *mulheres, crianças, adolescentes, idosos, trabalhadores e consumidores*.

Outro diferencial entre os termos *igualdade na lei* e *igualdade perante a lei* é o que nos trouxe o Ministro Celso de Mello, no julgamento do Mandado de Injunção n. 58, quando afirma que a *igualdade na lei* é uma exigência destinada ao legislador que, no processo de formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica.

A *igualdade perante a lei*, por seu turno, pressupõe a lei já elaborada, sendo uma imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório.

3.3 Os deveres do Estado em relação à igualdade

A concreção do princípio da igualdade passa por uma atuação estatal contínua. Marmelstein sustenta que, para que o princípio da igualdade seja respeitado, é necessário que o Estado tenha:

- a) um dever de respeito;
- b) um dever de proteção;
- c) um dever de promoção.

O *dever de respeito* consiste em atitude negativa do Estado que não pode discriminar seus cidadãos. Por sua vez, o *dever de proteção* exige do Estado uma conduta positiva, fiscalizando os particulares, de forma a não permitir que ninguém pratique uma discriminação ilícita. Por fim, o *dever de promoção* é diretamente vinculado à esfera socioeconômica, com o Estado funcionando como motor de transformação social, por meio de políticas públicas que busquem atender ao princípio da igualdade.

4. Direitos sociais, econômicos e culturais

Como visto, há duas dimensões do princípio da igualdade. A *igualdade formal*, consistente no tratamento isonômico assegurado a todos, e a *igualdade material*, obtida por meio de políticas públicas que buscam assegurar a igualdade dos pontos de partida.

Por isso, o constituinte brasileiro tratou de positivizar, com os demais direitos humanos fundamentais, os chamados direitos sociais econômicos e culturais, instrumentos de proteção e concretização do princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Os direitos sociais estão previstos no art. 6º, que afirma que “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados”. Quase todos estão no texto constitucional desde 1988, com exceção do direito à alimentação, consagrado pela Emenda n. 64/2010, e do direito à moradia, inserido pela Emenda n. 26/2000.

No entanto, não foi apenas no art. 6º que os direitos sociais receberam tratamento do constituinte. No Título VIII, sobre a “Ordem Social”, estão regulamentados diversos direitos que podem ser enquadrados como socioeconômicos. O art. 196, por exemplo, determina que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”. Já o art. 203 estipula que “a assistência social

será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social”. O art. 205, por sua vez, afirma que a educação é “direito de todos e dever do Estado e da família”.

Entretanto, há um grande hiato entre tais previsões e a realidade social brasileira. Afinal, é certo que não asseguramos uma série desses direitos a parcela considerável de nossa população.

Ciente dessa deficiência, o Judiciário tem atuado no sentido de buscar a máxima eficácia para tais mandamentos fundamentais. No nosso sistema constitucional, diferentemente de outros países, os direitos sociais, econômicos e culturais geram direitos subjetivos aos cidadãos. Assim, é comum surgirem decisões em nossos Tribunais assegurando medicamentos gratuitos a portadores de enfermidades que não têm como custear um tratamento ou determinando que o Poder Público custeie a educação de estudantes carentes em escolas particulares, nos locais onde não há fornecimento do serviço público e gratuito de educação.

Aqui, não temos distinção entre os direitos civis e políticos e os direitos sociais, econômicos e culturais. No Brasil, ambos podem ser considerados como legítimos direitos fundamentais, e os cidadãos têm a sua disposição todos os meios processuais para assegurar sua proteção.

Além dos direitos sociais previstos no art. 6º, também foram assegurados constitucionalmente os chamados direitos trabalhistas. Dispostos entre os arts. 7º e 11, eles têm por finalidade a proteção do trabalhador.

Foram estabelecidas garantias mínimas a serem observadas na relação trabalhista, sem prejuízo de outras previstas em lei, tratados internacionais ou por meio de acordo coletivo entre patrões e empregados.

Entre os direitos assegurados ao trabalhador, destacam-se:

I – proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa;
II – seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;
III – fundo de garantia do tempo de serviço;
IV – piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;
V – irredutibilidade do salário, salvo por negociação coletiva;
VI – salário mínimo;
VII – décimo terceiro salário;
VIII – remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;
IX – jornada de oito horas diárias e quarenta e quatro semanais;
X – adicional de 50% às horas de trabalho extraordinário;
XI – repouso semanal remunerado;
XII – férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;
XIII – licença de cento e vinte dias à gestante;
XIV – aviso prévio proporcional ao tempo de serviço.

No tocante ao aviso prévio proporcional, interessante debate se deu no Supremo Tribunal Federal, tendo em vista a ausência de legislação regulamentando tal proporcionalidade. Tal debate geraria uma evolução do Supremo Tribunal Federal na interpretação do mandado de injunção, como veremos no Capítulo 6, adiante.

5. Garantias fundamentais do processo

Um dos meios de negar os direitos humanos é restringir o acesso aos mecanismos jurídicos para sua proteção. A Constituição Federal prevê determinadas garantias processuais para evitar que, por meio do processo, se neguem os direitos e garantias fundamentais.

Entre tais garantias estão: (a) o *contraditório e a ampla defesa*; (b) a *publicidade*; (c) a *licitude de provas*; (d) a *razoável duração do processo*;

(e) a *motivação das decisões*; e (f) a *inafastabilidade do Judiciário*.

a) *Contraditório e ampla defesa*

O princípio do contraditório e da ampla defesa é fator fundamental para a instauração da justiça. Previsto no art. 5º, LV, estabelece o direito de toda parte participar ativamente dos processos em que seus interesses estejam em jogo.

Diante disso, é dado o direito à parte citada de se defender conforme as ferramentas que a legislação lhe fornece. Busca-se, com isso, que o juiz decida após ter acesso à versão dos fatos de ambas as partes.

b) *Publicidade*

O princípio da publicidade dos atos processuais é protegido pela Constituição. Com o advento do texto de 1988, fica posto que só a lei pode restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social assim o exigirem.

A transparência do processo é fundamental no regime democrático de direito, evitando abusos. Por meio da publicidade, as pessoas têm garantido o direito de saber o que motivou a decisão do magistrado, bem como é dado ciência às partes para que possam ter acesso ao contraditório e à ampla defesa.

c) *Licitude de provas*

São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. Essa garantia prevista na Constituição garante que direitos fundamentais não sejam desrespeitados para que provas sejam produzidas.

Para a jurisprudência, a prova ilícita não possui idoneidade jurídica para que seja utilizada como meio de convencimento do julgador. E, por conta disso, deve ser desprezada por estar imbuída de ilegalidade (STF, Ação Penal n. 307-3/DF, rel. Min. Ilmar Galvão).

d) *Razoável duração do processo*

Como Ruy Barbosa defendeu, a justiça tardia nada mais é que a injustiça institucionalizada. A celeridade processual é necessária para que o conflito seja resolvido em tempo razoável.

Portanto, o tempo do processo deve condizer com a necessidade de as partes resolverem o conflito. Não é razoável que uma ação demore 10 ou 15 anos para ser solucionada, nem é justo que o processo dure menos do que o tempo necessário para que o contraditório e a ampla defesa sejam exercidos.

A garantia da razoável duração do processo foi incluída na Emenda n. 45/2004, que inseriu o inciso LXXVIII na nossa Constituição.

e) Motivação das decisões

O juiz tem como dever justificar as suas decisões sob pena de, se assim não fizer, ter a sentença anulada. Ou seja, o Estado deve justificar as suas decisões. Isso garante que o juiz não profira sentenças sem que haja fundamentação jurídica válida para tal.

f) Inafastabilidade da jurisdição

Uma garantia extremamente importante em uma Constituição feita após uma ditadura é a inafastabilidade do Judiciário. Afinal, no regime de exceção eram comuns as situações em que o Judiciário era impedido de intervir.

Assim, ficou estabelecido que “a lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito”. A inafastabilidade deve ser vista sob uma ótica dupla: proibindo o legislador de excluir conflitos da análise desse Poder; e também como direcionada ao Judiciário próprio que não poderá se abster de apreciar os conflitos que lhe são propostos.

É importante lembrar que a inafastabilidade do Judiciário é uma limitação ao legislador, e não às partes. Estas podem livremente pactuar que seus litígios serão resolvidos por meios alternativos de solução de controvérsias, como a arbitragem, desde que a matéria em questão constitua um direito patrimonial disponível. Esta, inclusive, foi a interpretação do Supremo Tribunal Federal ao analisar a SEC 5.206/Espanha, cujo relator foi o Ministro Sepúlveda Pertence.

6. Os direitos e garantias fundamentais como cláusulas pétreas

Os direitos e garantias fundamentais foram elevados, pelo art. 60, § 4º, IV, da nossa Constituição, à condição de *cláusulas pétreas*, o que, em outras palavras, significa que não podem ser extintos, nem mesmo por emenda constitucional.

Tal situação, no entanto, não significa que o rol constitucional de direitos e garantias fundamentais é imutável. Afinal, se assim fosse, teríamos um terrível desserviço à causa dos Direitos Humanos Fundamentais, pois tal conjunto de direitos é dinâmico e costuma evoluir de acordo com o momento histórico.

Portanto, são plenamente possíveis emendas constitucionais que acrescentem direitos fundamentais ao rol trazido pelo constituinte originário, como aconteceu nas Emendas n. 26/2000 (direito à moradia) e n. 64/2011 (direito à alimentação), que acrescentaram direitos sociais ao art. 6º de nossa Constituição.

A proibição de emendas constitucionais que visem abolir os direitos e garantias individuais deve ser vista como uma garantia ao cidadão contra o legislador, limitando seu poder futuro, de forma a evitar que este, influenciado por pressões momentâneas, ponha em risco conquistas tão importantes para o povo brasileiro.

Há quem interprete o art. 60, § 4º, IV, de forma literal e só entenda como cláusulas pétreas os direitos e garantias individuais, excluindo os direitos sociais e econômicos deste rol.

Tal interpretação não se sustenta. Primeiro, em virtude da indivisibilidade dos direitos humanos fundamentais. Segundo, porque tais direitos têm por objetivo a concreção da dignidade da pessoa humana e do direito à igualdade, sendo, portanto, formas de assegurar direitos individuais.

Este, inclusive, foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal ao julgar a ADIn 1.946/DF, sobre limitações à licença-gestante de 120 dias contida no art. 7º, XVIII, da Constituição. Na decisão, embora sem citar expressamente o art. 60, o Supremo conclui que mudar a referida garantia social seria um retrocesso histórico não admitido pela Constituição.

7. A eficácia dos direitos humanos fundamentais

O constituinte brasileiro foi bastante claro ao atribuir eficácia imediata aos Direitos e Garantias Fundamentais, no § 1º do art. 5º. Assim, independentemente de disposição legislativa posterior, tais direitos já são exigíveis.

Houve quem interpretasse que o cidadão só poderia exigir o cumprimento de tais direitos em face do Estado, em uma *relação vertical* em que o ente estatal estaria acima dos cidadãos, como provedor de tais direitos. Contudo, tal entendimento não se sustenta, uma vez que o respeito aos direitos e garantias fundamentais é obrigação não apenas do Estado, mas dos particulares em suas relações cotidianas, no que se convencionou chamar de *eficácia horizontal* das normas de direitos humanos.

Quando se trata da incidência horizontal das normas essenciais, a vinculação de tais garantias não se dá apenas nas relações de poder que se estabelecem entre o Estado e o cidadão (eficácia vertical), mas igualmente naquelas instituídas entre pessoas e entidades que se encontram em posições, pelo menos teoricamente, de igualdade, ou seja, entre particulares (eficácia horizontal).

Assim, não é lícito a um particular, por exemplo, tratar seus funcionários de forma discriminatória, sob o fundamento de que o dever de tratamento isonômico é exclusivo do Estado.

Caso interessante sobre eficácia horizontal dos direitos e garantias fundamentais foi o Recurso Extraordinário n. 201.819/RJ, cuja relatora foi a Ministra Ellen Gracie. Na oportunidade, entendeu-se que uma entidade privada, a União Brasileira de Compositores, deveria tratar de forma igualitária seus membros e assegurar-lhes o devido processo legal em procedimentos de exclusão de seus quadros.

8. A possibilidade de federalização dos crimes contra os Direitos Humanos

Uma novidade interessante sobre Direitos Humanos em nossa Constituição é a faculdade atribuída ao Superior Tribunal de Justiça de deslocar a competência para a Justiça Federal em crimes graves contra os direitos humanos.

Com a Emenda n. 45/2004, o art. 109 da Constituição teve o acréscimo de um quinto parágrafo que estabeleceu que,

[...] nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

Embora tal mudança tenha sido tratada por vários doutrinadores como “federalização dos crimes contra direitos humanos”, é importante ressaltar que a Emenda n. 45/2004 trouxe apenas uma **faculdade** concedida ao Procurador-Geral da República de ajuizar um incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal. Não houve qualquer mudança na competência ordinária dos juízes federais e estaduais.

Tal mudança apenas ocorrerá em casos concretos, em que se verifique que a Justiça Estadual não está atuando a contento na investigação de alguma grave violação aos direitos humanos. E será necessária uma determinação do Superior Tribunal de Justiça para que a competência seja deslocada.

A título de exemplo, o primeiro incidente suscitado, relativo ao assassinato da missionária Dorothy Stang, no Estado do Pará, não foi acolhido pelo Superior Tribunal de Justiça (ADC 01, rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima). Naquela oportunidade, constatou-se que

[...] as autoridades estaduais encontram-se empenhadas na apuração dos fatos que resultaram na morte da missionária norte-americana, com o objetivo de punir os responsáveis, refletindo a intenção de o Estado do Pará dar resposta eficiente à violação do maior e mais importante dos direitos humanos, o que afasta a necessidade de deslocamento da competência originária para a Justiça Federal.

Na segunda oportunidade (ADC 02, rel. Min. Laurita Vaz), relativa ao assassinato do vereador e advogado Manoel Matos que atuava no enfrentamento de grupos de extermínio na divisa dos Estados da Paraíba e de Pernambuco, a decisão foi pelo deslocamento da competência. Neste caso, entendeu o Superior Tribunal de Justiça que os inúmeros inquéritos

policiais arquivados consistiriam em *grave violação* aos direitos humanos, ensejando o deslocamento da competência para a Justiça Federal da Paraíba.

9. A incorporação dos tratados sobre Direitos Humanos no Brasil após a Emenda n. 45/2004

Como já visto, a Constituição brasileira buscou consolidar os direitos humanos, dando *status* constitucional aos direitos e garantias fundamentais já reconhecidos internacionalmente.

Com esse contexto histórico, e em virtude da relação umbilical entre os direitos humanos dos tratados e os direitos e garantias fundamentais previstos na nossa Constituição, o constituinte previu, no § 2º, que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

A relação entre os direitos previstos nos tratados e os direitos consagrados na Constituição ficava bastante clara: um não teria o poder de excluir o outro, dando o legislador a entender que tais esferas (internacional e constitucional) seriam equivalentes, quando relacionadas aos direitos humanos. A doutrina era uníssona nesse sentido.

Com a redemocratização que o Brasil vivia no período imediatamente posterior à Constituição, diversos tratados internacionais sobre Direitos Humanos foram ratificados, entre eles a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1989), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1990), o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (1992) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1992).

Tais tratados, registre-se, foram ratificados por votações expressivas, em que quase se chegava à unanimidade em ambas as casas legislativas. Contudo, por não haver qualquer disposição prevendo um rito diferente, os tratados sobre direitos humanos eram submetidos ao processo legislativo aplicável aos tratados comuns, procedendo-se a uma votação em turno único em cada casa legislativa.

Assim, do ponto de vista estritamente formal, os tratados de direitos humanos recebiam o mesmo tratamento que os demais tratados internacionais. Como a Constituição admite, em seu art. 102, III, que um tratado internacional seja julgado inconstitucional e coloca o tratado em situação paritária com a lei federal, em seu art. 105, III, alguns passaram a concluir que qualquer tratado internacional seria hierarquicamente equivalente a uma lei federal.

Era neste sentido, inclusive, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal rumava, tanto pelo histórico julgamento do RE 80.004 (rel. Min. Xavier de Albuquerque) como pelo julgamento da ADIn 1.480/DF (rel. Min. Celso de Mello). Portanto, havendo conflito entre o tratado internacional e a lei federal, prevalecia a norma posterior.

No entanto, havia uma diferença substancial entre tratados sobre direitos humanos e os demais tratados internacionais que a República firma em suas relações com outros Estados. Essa diferença, porém, só seria prevista na Constituição com a Emenda Constitucional n. 45/2004.

9.1 A mudança

Com o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, foi acrescentado ao art. 5º um terceiro parágrafo que dispõe:

[...] 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.

Criava-se um novo processo legislativo específico para os tratados sobre direitos humanos, idêntico ao das emendas constitucionais (art. 60, § 2º). Os tratados que fossem submetidos a tal regime de votação seriam equivalentes às emendas constitucionais.

Entretanto, surgia uma dúvida: e os tratados sobre direitos humanos anteriores à Emenda Constitucional n. 45/2004, como ficavam na ordem constitucional brasileira? Seriam equivalentes às leis federais, como os demais tratados internacionais? Seriam equiparados à Constituição? Ou se encaixariam em alguma outra categoria hierárquica?

A resposta seria dada tanto pela doutrina (9.2) como pela jurisprudência (9.3).

9.2 A doutrina brasileira sobre a posição hierárquica dos tratados internacionais de Direitos Humanos

A doutrina contemporânea sobre Direitos Humanos no Brasil rapidamente se manifestou sobre a Emenda n. 45/2004 e suas consequências para os tratados ratificados anteriormente ao seu advento.

A Professora Flávia Piovesan foi uma das primeiras a declarar que a emenda criava duas classes de tratados:

- i. os *materialmente constitucionais*, que seriam os tratados sobre Direitos Humanos ratificados até a Emenda n. 45/2004; e
- ii. os *material e formalmente constitucionais*, que seriam os tratados ratificados já pela nova sistemática trazida pela Emenda n. 45/2004.

Para a Professora Flávia Piovesan, os tratados anteriores deveriam ostentar um *status* constitucional em virtude do seu conteúdo, pois traziam normas diretamente ligadas à dignidade da pessoa humana. Deveriam, portanto, ser considerados *materialmente constitucionais*. Destaca, inclusive, que tais tratados seriam aprovados facilmente pelo novo *quórum* exigido pela Emenda n. 45/2004, pois, quando aprovados, receberam votações expressivas.

Os tratados que fossem submetidos à nova sistemática da Emenda n. 45/2004, por seu turno, seriam também *formalmente constitucionais*, pois teriam se sujeitado ao requisito formal trazido pela Emenda.

O Professor Antônio Augusto Cançado Trindade, por sua vez, afirmou que esperava pelo dia em que haveria uma devida aplicação do art. 5º, § 2º, da Constituição, com os direitos humanos fundamentais provenientes dos tratados sendo considerados tão constitucionais quanto os que a própria Constituição elencou.

9.3 A jurisprudência sobre a hierarquia dos tratados sobre Direitos Humanos

A análise sobre a posição dos tratados internacionais sobre Direitos Humanos chegou ao Supremo por meio do Recurso Extraordinário n. 466.343/2008. Tratava-se de um recurso contra prisão civil de um depositário infiel, algo não admitido pelo Pacto de San José da Costa Rica, mas previsto na nossa Constituição e regulamentado por normas infraconstitucionais posteriores à ratificação do Pacto.

Na decisão, ficou célebre o voto do Ministro Gilmar Mendes que defendeu a tese da *supralegalidade* dos tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados anteriormente à Emenda n. 45/2004. Para o Supremo, portanto, tais normas estariam acima das leis federais, mas abaixo das normas constitucionais. De forma esquemática, teríamos:

Constituição
Tratados sobre direitos humanos
Leis complementares
Leis ordinárias

Contudo, espera-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal evolua ainda mais para aceitar que tais tratados têm conteúdo claramente constitucional e que sua utilização para aumentar o rol de direitos fundamentais foi uma forma que o constituinte encontrou de tornar o sistema constitucional de direitos humanos aberto às influências internacionais.

Esta é a posição a que nos filiamos e que, inclusive, foi muito bem relatada no voto do Ministro Celso de Mello, proferido no HC 87.585/TO, em que afirma:

[...] em suma: o entendimento segundo o qual existe relação de paridade normativa entre convenções internacionais e leis internas brasileiras há de ser considerado, unicamente, quanto aos tratados internacionais cujo conteúdo seja materialmente estranho ao tema dos direitos humanos.

Tal entendimento, contudo, é minoritário no Supremo, sendo certo que a hierarquia *supralegal* tem sido a mais aceita naquela Corte.

Cumpra esclarecer que, até o presente momento, apenas um tratado foi submetido à nova sistemática da Emenda n. 45/2004. Trata-se da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, e ratificados pelo Brasil, já com *status* de emenda constitucional, por meio do Decreto n. 6.949/2009.

Hierarquia dos tratados sobre direitos humanos

	DOCTRINA	JURISPRUDÊNCIA
Antes da Emenda n. 45/2004	Materialmente constitucionais	Supralegais (majoritária)
Após a Emenda n. 45/2004	Formal e materialmente constitucionais	Constitucionais

Capítulo 6

◆ Questões Relevantes e Atuais sobre Direitos Humanos

Em virtude de os direitos humanos fundamentais se inter-relacionarem com quase todas as áreas do Direito e das Relações Sociais, diversos são os debates jurídicos que encontram campo fértil para a discussão. Com frequência, são postos em confronto dois ou mais princípios que receberam proteção tanto da ordem internacional quanto da ordem constitucional interna.

No presente capítulo, veremos alguns desses conflitos entre direitos fundamentais e como solucioná-los, e, por fim, situações de maior destaque no plano internacional, como o Estatuto de Roma que criou o Tribunal Penal Internacional e uma lei que tem chamado bastante a atenção da sociedade nos últimos tempos: a Lei Maria da Penha.

1. Colisão de direitos fundamentais e a técnica da ponderação

A nossa Constituição, em virtude do regime de exceção que a antecedeu e do processo de constitucionalização dos Direitos Humanos, terminou por assegurar uma grande quantidade de direitos fundamentais.

Com isso, é inevitável que surjam problemas na aplicação de tais direitos, sobretudo em uma sociedade como a brasileira, cujas relações sociais estão cada dia mais complexas.

Em não poucas oportunidades, surgem conflitos na realização destes direitos, sendo comum a incompatibilidade com outro direito fundamental ou o choque com outros valores constitucionalmente assegurados. Nasce destas constatações a problemática da *colisão de direitos fundamentais*.

Por vezes, esse conflito é apenas uma *colisão aparente*, quando, na verdade, acredita-se de forma equivocada que existe algum direito

fundamental sendo desrespeitado. Em outras, os âmbitos de proteção de dois ou mais direitos fundamentais interpenetram-se, causando uma *colisão autêntica*. Tais casos geram perplexidade ao intérprete, pois não são apenas leis que estão em conflitos, mas sim os princípios que amparam tais leis.

Assim, o intérprete precisa encontrar soluções mais sofisticadas que a simples subsunção, utilizada para a interpretação de normas com estrutura de regras. E a técnica adotada para solução desses problemas é a *técnica da ponderação*.

A técnica da ponderação

Diante de situações de conflitos entre direitos fundamentais, os intérpretes, impossibilitados de recorrerem às técnicas tradicionais de hermenêutica, valem-se de uma técnica chamada de *ponderação*.

Trata-se de uma técnica para a solução dos casos em que a mera subsunção do fato à norma é insuficiente. Como os direitos humanos fundamentais são normalmente consagrados de forma genérica, tal técnica é frequentemente empregada.

Para que não haja uma completa subjetividade na análise, costuma-se fixar parâmetros para a ponderação. Assim, para aplicar a técnica, o operador do Direito deve:

- 1) identificar quais os direitos fundamentais em conflito;
- 2) examinar os fatos e sua repercussão sobre as normas conflitantes;
- 3) analisar a repercussão que tais fatos terão sobre tais direitos, atribuindo “pesos” a tais consequências e privilegiando o direito fundamental que estiver sendo mais prejudicado.

Realizadas essas três etapas, temos a chamada ponderação. Não podemos tratar de *ponderação* sem mencionar *proporcionalidade*, que implica a necessidade de o Estado intervir nos direitos fundamentais apenas com medidas necessárias e razoáveis, desprovidas de excessos. Ao aplicar a *ponderação*, o intérprete deve sopesar os direitos em conflito e buscar a solução que *preserve ao máximo cada direito fundamental*, mesmo que tal decisão privilegie um desses direitos em detrimento do outro.

Não se deve esquecer que os Direitos Humanos fundamentais têm como finalidade a concreção do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, no momento da *ponderação*, o intérprete deverá privilegiar este princípio.

1.1 Direito à vida x segurança nacional (A lei do abate)

Em 1998, a Lei n. 9.614/98 foi promulgada, alterando o Código Brasileiro de Aeronáutica para permitir a destruição de aeronaves que não obedecessem às ordens da Aeronáutica para pouso, sendo declarada como “aeronave hostil”. Tal destruição só pode ocorrer após autorização do Presidente da República ou por autoridade por ele delegada.

Criado com o objetivo de coibir o tráfico de drogas, tal dispositivo, contudo, só ganhou maior notoriedade com os atentados de 11 de setembro de 2001. Não obstante, o fato é que tal possibilidade de “destruir um avião” implicará o desrespeito à vida de alguém.

Contudo, esse alguém é presumidamente um traficante de drogas ou um terrorista, alguém que provavelmente causará prejuízos ainda maiores caso não seja detido. Ou seja, há uma questão de segurança nacional envolvida.

Assim, temos claramente o direito à vida e a integridade física de um ou mais indivíduos, de um lado, e, do outro, o direito à segurança de toda a sociedade. Qual deverá prevalecer?

É bem verdade que, até agora, nenhum avião foi abatido, apesar de relatos de tiros de aviso terem sido disparados e, após o pouso, constatar-se que o avião transportava cocaína.

A solução para este impasse requer, primeiro, que vejamos quais os valores em conflito. E aqui, sobretudo após os atentados de 11 de setembro de 2001, duas grandes hipóteses surgem:

- 1) O avião está transportando entorpecentes.
- 2) O avião está sendo utilizado para um atentado terrorista.

Na primeira hipótese, temos o conflito entre o direito à vida da tripulação e o direito à fiscalização por parte do Estado ou o dever de combater o tráfico de drogas tão nocivo à sociedade. Neste caso hipotético, há apenas uma colisão aparente de direitos fundamentais, pois, a nosso ver, apenas o direito à vida da tripulação deve ser assim considerado.

Portanto, o conflito nos parece que deve ser solucionado em favor do direito à vida da tripulação. O entendimento contrário implica violação da Constituição, sobretudo por constituir pena de morte em tempos de paz, algo expressamente vedado no art. 5º, XLVII, da Constituição.

Na segunda hipótese, temos uma situação que a lei, elaborada em 1998, certamente não vislumbrou, mas que precisa ser analisada pelo aplicador do Direito, especialmente após os atentados de 11 de setembro de 2001. Vale lembrar que a Lei n. 9.614/98 apenas alterou um artigo do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.565/86), sendo aplicável a todas as situações de Detenção, Interdição e Apreensão de Aeronaves, e não apenas ao tráfico de drogas.

No caso de terrorismo, teremos o conflito do direito à vida da tripulação contra o direito à vida de uma quantidade incerta de pessoas, somado à segurança nacional, que é dever do Estado. Neste caso, temos uma *colisão autêntica* de direitos fundamentais que precisa ser resolvida, utilizando-se a técnica da ponderação.

Assim, caso o Presidente da República (ou a autoridade por ele delegada) decida por interceptar e abater uma aeronave que tenha sido sequestrada e que, não respondendo ao procedimento previsto no Código Brasileiro de Aeronáutica e no Decreto n. 5.144/2004, dirija-se a um conglomerado urbano, teremos uma decisão válida e constitucional, a nosso ver.

Isso porque os valores em jogo são as vidas de uns em detrimento da vida de uma coletividade cujo número é indeterminado, podendo variar de algumas dezenas a alguns milhares. A decisão deverá ocorrer ponderando-se qual a maior quantidade de vidas que seriam preservadas.

Destaque-se que o Pacto de San José da Costa Rica prevê, em seu art. 27, que pode haver suspensão de garantias em caso de guerra, de perigo público ou outra emergência que ponha em risco a segurança de um Estado-parte. Este dispositivo, embora aplicável ao caso em análise, sequer é necessário para o deslinde do assunto, que pode ser resolvido pela aplicação da técnica da ponderação.

1.2 Casamento entre pessoas do mesmo sexo

Outro tema frequente na mídia é a possibilidade de homossexuais contraírem núpcias. O debate tem a ver com o direito à igualdade e, sobretudo, com um dos seus consectários, o *direito à diferença*. A discussão não é recente. Tem-se, aqui, um conflito aparente de direitos fundamentais.

A discussão começa com a possibilidade de homossexuais se unirem em união estável. Aqueles que defendem a impossibilidade de tal união afirmam que a Constituição protege a família como célula fundamental da sociedade em seu art. 226. Em seguida, sustentam que esta mesma Constituição previu que o conceito de família é a do § 3º deste artigo que prevê:

Art. 226 [...] § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a **união estável entre o homem e a mulher** como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Além do art. 226 da Constituição, os defensores da proibição da união trazem a lume o art. 1.723 do Código Civil:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Contudo, esquecem os defensores da família, como sendo apenas “a união estável entre um homem e uma mulher”, que a Constituição de 1988 já anunciava a mudança dos tempos, informando que a proteção à família não se restringe às disposições relativas ao matrimônio, mas alcança as entidades originadas à margem do ato solene e formal do matrimônio, como as decorrentes de uniões estáveis.

Ademais, parece-nos não haver qualquer conflito de direitos nesta discussão. Afinal, tudo depende do que deve ser entendido como *entidade familiar*. E o direito à igualdade, sobretudo o seu consectário, que é o *direito à diferença*, assegura um tratamento isonômico, independentemente de opção sexual. Desse modo, é fácil concluir que a interpretação da família como formada exclusivamente por homens e mulheres é uma afronta ao direito da igualdade.

Essa, inclusive, foi a interpretação do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 132, cuja relatoria coube ao Ministro Ayres Britto. Segundo o ministro, “o sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica”. A decisão determinou que seja dada ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme a Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua,

pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, “entendida esta como sinônimo perfeito de ‘família’”.

A partir deste julgamento, as uniões estáveis entre homossexuais passaram a ser frequentes em nossa sociedade, algo muito positivo para que possamos, de fato, nos fortalecer como Estado Democrático de Direito que respeita as diferenças entre seus cidadãos.

Tanto que, alguns meses após a decisão do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que era possível aos homossexuais não apenas fixar união estável, mas também contrair matrimônio civil, seguindo a mesma interpretação do Supremo (REsp 1.183.378/RS). Em suas razões, o relator, Ministro Luís Felipe Salomão, afirma que “ao Estado é vedado obstar que os indivíduos busquem a própria felicidade, a não ser em caso de violação ao direito de outrem, o que não ocorre na espécie”. Este é o caminho que entendemos razoável para a solução do casamento homossexual.

1.3 Adoção de crianças por casais homossexuais

Na mesma esteira da união homoafetiva e do casamento entre homossexuais, está a possibilidade de adoção de crianças por casais do mesmo sexo. Na sequência do julgamento da ADPF 153, o Supremo externou seu entendimento sobre o reconhecimento da família homoafetiva, e de suas proteções no RE 477.554 AGR/MG, cujo relator foi o Ministro Celso de Mello.

Na verdade, não há provas ou estudos defendendo que as crianças que vivem em família homoafetiva possuem algum tipo de desenvolvimento diferente das crianças criadas em famílias formadas por heterossexuais. Embora haja uma percepção social de que as crianças criadas por homossexuais tendem a replicar o comportamento sexual dos pais, tal fato em nada altera o direito fundamental dessas pessoas de constituírem uma família por meio da adoção. Afinal, o fato de a criança poder ter um comportamento sexual homossexual em nada diz respeito ao Estado, que não pode se imiscuir na liberdade sexual de cada indivíduo.

Dessa forma, superado o debate sobre a “entidade familiar” poder ser constituída por indivíduos do mesmo sexo, temos que as uniões

homoafetivas podem adotar nos termos da lei de adoção (Lei n. 12.010/2009).

1.4 Eutanásia

Antes de tecermos nossa opinião sobre a eutanásia, é importante destacar que a prática ainda é considerada crime no Brasil. Normalmente, é vista como homicídio, auxílio ao suicídio ou omissão de socorro. Contudo, a eutanásia é diariamente praticada nos hospitais do País.

O vocábulo vem do grego e significa “a boa morte, a morte calma, a morte doce e tranquila”. Existem a modalidade passiva – quando se interrompe um tratamento vital, deixando que o paciente morra – e a modalidade ativa – quando se busca provocar uma morte rápida e indolor em pacientes terminais, evitando-lhe um sofrimento desnecessário.

A maioria dos países não aceita a eutanásia, nem o suicídio assistido, considerando crime a sua prática. Alguns não punem a eutanásia passiva, mas a eutanásia ativa, equiparando-a ao homicídio.

No Brasil, ainda não tivemos nenhum caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal sobre esta situação. No exterior, George Marmelstein aponta dois casos ocorridos nos EUA, que merecem destaque por terem chegado à Suprema Corte americana.

O primeiro é o caso “Cruzan” (1990), no qual os familiares de uma paciente em estado de coma (Nancy Cruzan) ingressaram com ação judicial pedindo autorização ao Poder Judiciário para que os aparelhos que a mantinham viva fossem desligados. A Suprema Corte entendeu que existiria um direito constitucional de recusar a alimentação por sonda e/ou outras medidas de apoio à vida, desde que os pacientes tivessem expressado tal desejo claramente, antes de se tornarem incapacitados. Como os familiares de Cruzan não conseguiram provar tal desejo, não foi deferida a eutanásia.

O segundo é o caso “Vacco” (1997), no qual um paciente tetraplégico e em estado terminal, mas com plena capacidade mental, ingressou com ação judicial pedindo autorização para que o médico pudesse lhe administrar uma medicação para abreviar sua vida de sofrimento (eutanásia ativa). O Sr. Vacco obteve vitória nas instâncias inferiores (nas quais equipararam a decisão a um aborto). Entretanto, na Suprema Corte, a decisão lhe foi

desfavorável, embora tenha sido declarada a possibilidade de os Estados autorizarem a prática da eutanásia por meio de leis.

Importante lembrar que, no Brasil, o Conselho Federal de Medicina aprovou uma resolução (Resolução CFM n. 1.805/2006), permitindo ao médico “limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou do seu representante legal”.

Trata-se de um caso evidente de colisão de direitos fundamentais. De um lado, o direito à vida. Do outro, o direito à liberdade de escolha sobre seu destino.

No nosso entendimento, o princípio que, de fato, precisa ser posto em análise é o da dignidade da pessoa humana, cabendo ao intérprete, no exame do caso concreto, valer-se da ponderação para verificar se, na hipótese, há chance de vida digna para a pessoa cuja morte se busca viabilizar.

1.5 Liberdade de expressão e a marcha da maconha

Um dos problemas mais comuns envolvendo direitos fundamentais é o do estabelecimento de limites à liberdade de expressão. E, recentemente, uma Marcha em favor da Descriminalização da Maconha (*cannabis sativa*) ganhou repercussão nacional ao ser proibida por diversos Tribunais locais.

O problema relativo à “Marcha da Maconha” é que o Supremo Tribunal Federal já decidira que um dos limites à liberdade de expressão é a vedação da apologia ao crime, como o exemplo do Caso Ellwanger (HC 82.424), cuja relatoria coube ao Ministro Maurício Corrêa, quando o Supremo entendeu que:

O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria CF (CF, art. 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o “direito à incitação ao racismo”, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas

ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.

No caso da “Marcha da Maconha”, havia uma limitação a outro direito fundamental, qual seja, a liberdade de reunião. Tudo sob o fundamento de que tais reuniões consistiriam na prática dos delitos previstos no art. 287 do Código Penal (apologia a fato criminoso) e ao art. 33, § 2º, da Lei n. 11.343/2006 (Lei de Tóxicos, que prevê o crime de incitação ou auxílio ao uso de drogas). Os organizadores de tal evento, contudo, afirmavam que o objetivo não era incitar o consumo, mas defender um debate sobre a descriminalização do consumo da substância.

Tal reunião, a nosso ver, é lícita e constitucional, afinal, na liberdade de expressão está inserido, sem dúvida, o direito de questionar a legitimidade de uma lei. Com efeito, é do debate entre ideias opostas que surge uma ideia socialmente aceita em uma sociedade democrática.

O caso chegou ao Supremo por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 187, cuja relatoria foi do Ministro Celso de Mello. Para o ministro, proibir tal reunião seria uma afronta expressa à liberdade de expressão. Ressalva em seu voto, entretanto, que seria ilícita reunião em que as pessoas se encontrassem para consumir drogas e instigar terceiros a fazê-lo. Mais recentemente, o Supremo consolidou tal posicionamento por meio da ADI 4.274 (rel. Min. Ayres Britto).

1.6 A Lei de Anistia

Outro debate extremamente atual nos Direitos Humanos é a discussão sobre a Lei de Anistia (Lei n. 6.683/79), promulgada pelo Presidente João Figueiredo em agosto de 1979, ainda sob o regime militar. De acordo com a lei, todos os crimes políticos ou conexos a eles ocorridos entre setembro de 1961 e agosto de 1979 ficam anistiados, impedindo a persecução criminal pelo Estado.

Tal lei teve uma importância sociopolítica considerável, pois viabilizou a distensão institucional que permitira a redemocratização. Contudo, é de questionar: ela foi recepcionada pela Constituição de 1988 que, entre outras garantias, prevê a inafastabilidade do Judiciário?

A questão foi levada ao Supremo pela Ordem dos Advogados do Brasil que, em arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF 153,

rel. Min. Eros Grau), sustentou que a tortura seria crime imprescritível e, nos termos do art. 5º, XLIII, não poderia ser alvo de anistia.

O Supremo, contudo, entendeu que a Lei de Anistia era constitucional, por ser uma “lei-medida” tomada em um contexto histórico específico e que não poderia ser revogada pelo art. 5º, XLIII. Eis um trecho do voto do rel. Min. Eros Grau que merece transcrição:

A chamada Lei da anistia veicula uma decisão política assumida naquele momento – o momento da transição conciliada de 1979. A Lei 6.683 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada. A Lei 6.683/1979 precede a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes – adotada pela Assembleia Geral em 10 de dezembro de 1984, vigorando desde 26 de junho de 1987 – e a Lei 9.455, de 7 de abril de 1997, que define o crime de tortura; e o preceito veiculado pelo art. 5º, XLIII, da Constituição – que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, entre outros crimes – não alcança, por impossibilidade lógica, anistias anteriormente a sua vigência consumadas. A Constituição não afeta leis-medida que a tenham precedido.

Além disso, o Supremo considerou que a Anistia foi um ato bilateral e previsto na Emenda Constitucional n. 26/85, que convocou a Assembleia Constituinte, não havendo dúvidas, para o Supremo, de que foi recepcionada pela Constituição de 1988.

Embora respeitemos a decisão do Supremo, sobretudo pelo contexto histórico e político levado em conta, discordamos do seu conteúdo. Considerando a inafastabilidade do Judiciário como um dos pilares do nosso sistema constitucional, é difícil compreender como uma norma infraconstitucional, que estabelece limites claros ao poder jurisdicional, pode guardar compatibilidade com tal princípio.

É bem verdade que o legislador infraconstitucional tem trazido uma série de benefícios às vítimas e parentes de vítimas do regime militar, como a Lei n. 9.140/95 (estabelece indenizações e o fornecimento de certidões de óbito a pessoas desaparecidas entre 1961 e 1979 que tenham sido

perseguidas ou estado sob tutela dos órgãos repressivos) e a Lei n. 10.559/2002 (cria o Regime do Anistiado Político).

No entanto, tais benefícios não aplacam a “sede” de verdade que as vítimas e seus parentes têm, no que já se convencionou chamar de “direito fundamental à verdade”.

Um grande avanço nesse sentido foi recentemente alcançado por meio da Lei n. 12.528/2011, que instituiu a Comissão Nacional da Verdade, com a finalidade de examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas no período da ditadura militar.

1.7 A evolução do mandado de injunção no Supremo Tribunal Federal (o caso do aviso prévio proporcional)

Um dos instrumentos mais interessantes na aplicação dos Direitos Humanos fundamentais é o mandado de injunção, previsto no art. 5º, LXXI, que estabelece: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

O mandado de injunção garante que alguns direitos previstos na Constituição não deixem de ser aplicados por falta de legislação regulamentadora. Esse instrumento visa suprir a omissão do legislador que, ao não regulamentar um direito constitucionalmente previsto, comete verdadeira “traição” em relação ao constituinte originário e inviabiliza a efetivação da Constituição.

Cabe ao Judiciário, nestas hipóteses, interpretar diretamente a Constituição e fixar, para o caso concreto, os parâmetros para o exercício do direito fundamental, cuja regulamentação encontra-se pendente.

No entanto, até 1991, ao conceder mandado de injunção, o Supremo Tribunal Federal limitava-se a notificar o Congresso Nacional sobre sua mora, requerendo que legislasse sobre o tema. Era uma clara confusão do instituto do mandado de injunção com a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão.

A partir do julgamento do Mandado de Injunção n. 283, contudo, a jurisprudência do Supremo começou a mudar. Seu relator, o Ministro Sepúlveda Pertence, na oportunidade, estabeleceu um prazo para o legislador regulamentar a matéria de 60 dias (45 para a sua aprovação e 15 para a sanção presidencial). Caso não houvesse pronunciamento legislativo no período, concedia ao impetrante o direito de obter reparação por perdas e danos decorrentes do não exercício do seu direito fundamental. Contudo, o direito permanecia não assegurado, cabendo apenas indenização por seu descumprimento.

A mudança mais radical só ocorreria em 2007, no julgamento do MI 712-8/PA (rel. Min. Eros Grau), que tratava sobre o direito de greve dos servidores públicos. Na falta de legislação que regulamentasse a prática, o Supremo Tribunal Federal entendeu que deveria ser aplicada, aos servidores públicos, a Lei n. 7.783/89 (dispõe sobre o direito de greve em geral). Fez, contudo, algumas ressalvas específicas sobre a manutenção dos serviços públicos.

Tal mudança de rumo causou um efeito bastante sensível no Legislativo. Em outra oportunidade, mais precisamente na análise dos Mandados de Injunção n. 943, n. 1.010, n. 1.074 e n. 1.090, com a mera sinalização de que o Supremo estabeleceria parâmetros para o gozo de aviso prévio proporcional, o Congresso se antecipou ao Judiciário e tratou de determinar tais balizas, por meio da Lei n. 12.560/2011.

Espera-se, com tal mudança do Supremo no seu entendimento sobre a efetividade do mandado de injunção, maior avanço na efetivação dos direitos fundamentais, que ainda pendem de regulamentação.

2. A Lei Maria da Penha

2.1 A origem no sistema interamericano

A verdadeira odisseia entre o caso Maria da Penha e a Lei n. 11.340/2006, que recebeu seu nome, é tema de um livro autobiográfico de Maria da Penha Maia Fernandes, farmacêutica cearense, cujo sofrimento a transformaria em um dos maiores símbolos da luta pela igualdade de gênero.

O livro se chama *Sobrevivi, posso contar* e narra como Maria da Penha foi vítima de duas tentativas de homicídio cometidas por seu então companheiro, em seu próprio domicílio, em Fortaleza, em 1983. Na primeira tentativa, seu companheiro desferiu tiros enquanto ela dormia. Na segunda, tentou eletrocutá-la durante o banho. As agressões sofridas ao longo de sua relação matrimonial culminaram por deixá-la paraplégica aos 38 anos.

Seu marido, apesar de condenado pela Justiça local, continuava solto após quinze anos da condenação, valendo-se de sucessivos recursos contra decisão condenatória do Tribunal do Júri.

Em virtude de tamanha ineficiência do nosso sistema legal e judicial na punição de crimes de violência doméstica, em 1998 as entidades Centro para a Justiça e o Direito Internacional (CEJIL-Brasil) e Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM-Brasil) apresentaram o caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Em 2001, após dezoito anos da prática do crime, em decisão inédita, a Comissão Interamericana condenou o Estado brasileiro por negligência e omissão em relação à violência doméstica, recomendando ao Brasil, entre outras medidas, “prosseguir e intensificar o processo de reforma, a fim de romper com a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra as mulheres”. Foi o que o Estado brasileiro fez, com alguns anos de atraso, por meio da Lei n. 11.340/2006, apropriadamente alcunhada de Lei Maria da Penha.

2.2 As inovações da Lei Maria da Penha

Diversamente de vários países da América Latina, até 2006 o Brasil não tinha uma legislação específica sobre violência contra a mulher. O terrível ditado de que “em briga de marido e mulher não se mete a colher” era levado a sério não apenas pela sociedade, mas pelo Estado brasileiro e pelo seu Judiciário.

Para tornar a situação ainda mais problemática, aplicava-se a Lei n. 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais Criminais para tratar das infrações penais de menor potencial ofensivo, ou seja, aquelas reputadas de menor gravidade, cuja pena máxima prevista em lei não fosse superior a um

ano. Em outras palavras, considerava-se a violência contra a mulher infração de menor potencial ofensivo, e não uma violação a direitos humanos fundamentais.

Tal conclusão era diretamente derivada da verdadeira banalização de tais agressões, com o agressor sendo condenado a pagar à vítima uma cesta básica ou algo semelhante. Recorrentemente, apontava-se uma culpabilidade da própria vítima, afirmando-se que a mulher, por seu comportamento, merecera a agressão sofrida.

Apesar de já existir a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará, ratificada pelo Brasil em 1995), era evidente a omissão brasileira neste campo.

A mudança de paradigma era necessária e veio com a Lei Maria da Penha, na qual destacaremos algumas inovações.

a) Agravamento das penas em caso de violência contra a mulher

Como exposto, a violência contra a mulher era, até 2006, tratada como uma infração penal de menor potencial ofensivo, nos termos da Lei n. 9.099/95. Com a Lei Maria da Penha, ela passou a ser concebida como uma violação a direitos humanos.

Em seu art. 6º, fica estabelecido que “a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos”, sendo expressamente vedada a aplicação da Lei n. 9.099/95.

A Lei ainda proíbe, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, a aplicação de penas de cesta básica ou de prestação pecuniária.

b) Mudança na ação penal na violência doméstica

Antes da Lei Maria da Penha, a ação penal nos crimes de violência doméstica, por serem considerados de menor potencial ofensivo, era tratada como ação penal privada. Com isso, frequentemente as vítimas, após alguns dias, voltavam à Delegacia e retiravam a queixa prestada, fazendo com que o Poder Público não pudesse mais prosseguir com a persecução criminal.

Agora, o art. 16 da Lei dispõe que,

[...] nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

Tal mudança, contudo, não deixou claro qual a natureza da ação penal na Lei Maria da Penha. Por conseguinte, duas correntes doutrinárias se formaram. A primeira, que defende a natureza incondicionada das ações envolvendo violência doméstica de gênero, cujos fundamentos são os seguintes:

- a) a vedação expressa da aplicação dos dispositivos da Lei n. 9.099/95; e
- b) a incompatibilidade da representação pelo fato de tratar de violação grave aos direitos humanos.

Já em sentido contrário, entendendo pela necessidade de representação, sustentam alguns doutrinadores que a Lei Maria da Penha veda no seu art. 41 não apenas a aplicação de medidas despenalizadoras alheias à vontade da vítima (composição civil, transação penal, suspensão condicional do processo), mas também mantém algumas vontades inerentes à vítima, como a necessidade de representação.

Nossa posição é a de que, tomando como premissa que a violência doméstica é uma violação a direitos humanos fundamentais (art. 6º da Lei), não se pode condicionar a atuação do Ministério Público à representação da vítima, especialmente em casos de violência doméstica, em que a denúncia costuma ser extremamente difícil para a vítima.

Devemos destacar que o Superior Tribunal de Justiça vem apresentando jurisprudência vacilante sobre o tema, ora entendendo ser necessária a representação (REsp 1.097.042, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho), ora admitindo sua desnecessidade (HC 96.992/DF, rel. Min. Jane Silva, Desembargadora convocada).

c) Perspectiva de gênero para tratar da violência contra a mulher

Apesar de criticada por alguns (que entendem que a violência doméstica às vezes ocorre contra o homem), a Lei estabelece que, na sua interpretação, devem ser consideradas as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Para isso, é prevista a criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com competência cível e criminal, bem como atendimento policial especializado para as mulheres, em particular nas Delegacias de Atendimento à Mulher.

d) Incorporação da ótica preventiva para o enfrentamento da violência contra a mulher

A Lei Maria da Penha consagra medidas integradas de prevenção, por meio de um conjunto articulado de ações da União, Estados, Distrito Federal, Municípios e de ações não governamentais.

Fica determinado que o Poder Público deve promover campanhas educativas de prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, bem como da difusão da Lei e dos instrumentos de proteção dos direitos humanos das mulheres.

Em virtude da situação de debilidade física e psicológica em que a vítima costuma ficar após a agressão, a Lei estabelece que o juiz pode determinar a inclusão da mulher, em situação de violência doméstica e familiar, no cadastro de programas assistenciais do governo federal, estadual e municipal.

O juiz ainda deverá conceder acesso prioritário à remoção (quando a vítima for servidora pública) ou a manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até seis meses.

A Lei ainda cria as chamadas “Medidas Protetivas de Urgência”, com soluções inovadoras, especialmente com obrigações estabelecidas para o agressor, por exemplo:

- a) proibição de aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;
- b) proibição de contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) proibição de frequência de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida.

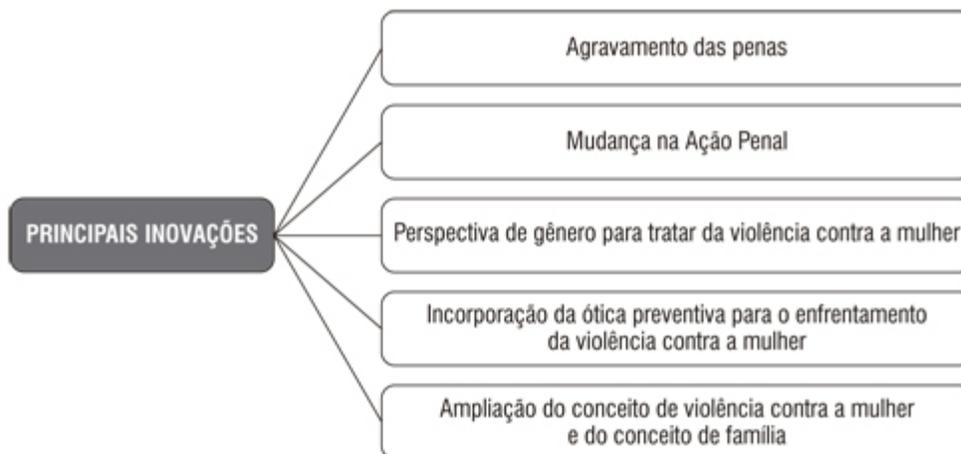
e) Ampliação do conceito de violência contra a mulher e do conceito de família

A Lei prevê a violência doméstica contra a mulher como “qualquer ação ou omissão baseada no gênero – que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”, que ocorra no âmbito da unidade doméstica, no âmbito da família ou em qualquer relação íntima de afeto.

Para a Lei, é considerada família “a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa”.

Assim, pouco importa o grau de intimidade da relação familiar (namoro, noivado, casamento) ou mesmo a opção sexual da vítima (a violência contra a mulher pode se dar em relações homoafetivas), a Lei é aplicável a todos os tipos de violência doméstica contra a mulher.

Síntese



3. O Estatuto de Roma e o Tribunal Penal Internacional (TPI)

Outra questão relevante para completar o estudo sobre Direitos Humanos Fundamentais é o Tribunal Penal Internacional (TPI). Ele foi

criado pelo Estatuto de Roma, assinado em julho de 1998 e posto em vigor a partir de 1º de julho de 2002.

O Tribunal em questão, com competência para julgar pessoas pelos crimes mais graves de transcendência internacional, tem caráter complementar das jurisdições penais nacionais.

O estudioso de Direitos Humanos precisa entender as origens e a importância do TPI, bem como a forma como ele se relaciona com os Tribunais locais, especialmente com o Direito brasileiro.

3.1 As experiências anteriores

O TPI surge após as experiências dos Tribunais de Nuremberg e de Tóquio, adequadamente denominados tribunais dos vencedores para julgar os vencidos. Por mais repugnante que tenham sido as perseguições nazistas e os crimes de guerra japoneses, o fato é que a humanidade se viu em um grande dilema ético após o fim da guerra. Como oferecer um julgamento justo a pessoas que negaram tal possibilidade a milhões de pessoas?

Mesmo assim, os Aliados se lançaram na tarefa de oferecer um julgamento de acordo com a tradição das justiças penais de países democráticos. Essa missão se mostraria extremamente difícil do ponto de vista jurídico.

Primeiro, em virtude de que os Tribunais foram criados especificamente para julgá-los (*tribunais de exceção*), fazendo com que os julgadores se sentissem pressionados a condenar os réus, de forma a justificar sua convocação. Inocentar todos seria atestar que a convocação e a formação do Tribunal eram desnecessárias.

Além disso, a tradição penal do mundo democrático tem em seu núcleo o mandamento *nullum crimen nulla poena sine lege*. Para julgar e condenar os criminosos de guerra nazistas e japoneses, era necessário ultrapassar o princípio da legalidade, essencial ao mundo democrático ocidental.

A inexistência de prévio tratado ou convenção, estabelecendo tipos penais internacionais que previssem os fatos odiosos praticados pelos alemães nazistas, sobretudo, colocava em xeque a justiça do julgamento.

Afinal, como atribuir responsabilidade penal aos autores dos horrores da Segunda Guerra, se os fatos não eram definidos como crimes na ordem internacional anteriormente?

Essa dúvida fez com que tais Tribunais sofressem severas críticas no mundo jurídico, colocando até sob suspeita seus julgamentos. Eram necessários tratados prevendo tais crimes e um Tribunal permanente para julgá-los. Assim, a ONU, logo após o fim da Guerra, começou as tratativas para se ter uma Corte Internacional permanente capaz de julgar criminosos de guerra.

Contudo, tal intento levaria bastante tempo para se concretizar, fazendo com que enfrentássemos, no início dos anos 1990, o mesmo problema, com os Tribunais instituídos para julgar os crimes praticados em Ruanda e nos territórios da antiga Iugoslávia.

3.2 A criação do TPI

O TPI é, sem dúvida, um relevante marco no progresso do estabelecimento de uma justiça mundial. Trata-se de uma Corte Internacional, independente, permanente, destinada a julgar os crimes mais graves conhecidos pelo homem, especificamente o crime de genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade.

O TPI não faz parte do sistema da ONU, sendo, portanto, um Tribunal completamente independente, funcionando com base em doações dos Estados-membros. Até o início de 2012, eram 119 os Estados signatários que contribuía para sua manutenção.

O TPI é uma corte de competência subsidiária (*last resort*). Ele não atuará se o caso estiver sendo investigado ou processado por um sistema judicial nacional, salvo se o processo nacional for considerado legítimo e eficiente.

A criação do TPI nos traz a promessa de um mundo no qual os responsáveis por genocídios, crimes de guerra e crimes contra a humanidade não ficarão impunes nem poderão alegar princípios nobres como a legalidade e a vedação do Tribunal de Exceção para se evadir das sanções.

Os criminosos serão submetidos à Corte Internacional, nos casos em que os Estados-membros não conseguirem ou não se dispuserem a submetê-los à Justiça.

Um fato lamentável na formação e na força dessa Corte é a ausência dos Estados Unidos da América, que não ratificaram o Estatuto de Roma e se

consideram desobrigados de todos os ônus dele decorrentes. O Brasil, no entanto, ratificou o Estatuto em 20 de junho de 2002 e, em 2004, com a Emenda Constitucional n. 45, passou a ter previsão constitucional de Tribunais Internacionais como o TPI.

3.3 Estrutura do TPI

Quanto à estrutura, o TPI é formado por quatro órgãos:

- i. **a Presidência**, integrada por três juízes, responsáveis pela administração do Tribunal;
- ii. **as Câmaras**, divididas em Câmara de Questões Preliminares, Câmara de Primeira Instância e Câmara de Apelações;
- iii. **a Procuradoria**, órgão autônomo do Tribunal, competente para receber as denúncias sobre crimes, examiná-las, investigá-las e propor ação penal junto ao TPI;
- iv. **a Secretaria**, encarregada de aspectos não judiciais da administração do Tribunal.

No total, dezoito juízes compõem o Tribunal, sendo eleitos pela Assembleia dos Estados-partes segundo uma distribuição geográfica equitativa e uma justa representação de gênero.

3.4 Jurisdição do TPI

Do ponto de vista da jurisdição, podemos analisá-la sob os aspectos *material* (3.4.1), *pessoal*, *temporal* e *territorial* (3.4.2).

3.4.1 Competência material

Sob a perspectiva *material*, o TPI tem jurisdição sobre quatro crimes: *crime de genocídio*, *crimes contra a humanidade*, *crimes de guerra* e *crime de agressão*. Contudo, para que tenham competência, tais crimes devem ser de maior gravidade e afetar a comunidade internacional em seu conjunto.

Genocídio (art. 6º)

No tocante ao genocídio, o Estatuto acolheu a mesma definição da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio da ONU. Flávia Piovesan aponta que, anteriormente ao Estatuto de Roma, costumava-se diferenciar o crime de genocídio dos crimes contra a

humanidade, pois estes últimos estavam restritos aos períodos de guerra. Com a ampliação do conceito de crimes contra a humanidade também para períodos de paz, o crime de genocídio passou a ser considerado a mais grave espécie de crime contra a humanidade.

O fator distintivo do crime de genocídio perante outros crimes contra a humanidade é o seu *dolo específico*, concernente ao “intuito de destruir, total ou parcialmente, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso”. A destruição pode ser física ou cultural.

Crimes contra a humanidade (art. 7º)

São os atos cometidos no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, *contra qualquer população civil*. Entre tais atos, podemos citar *homicídios, extermínio, escravidão, deportação, tortura, migrações forçadas e violação da liberdade sexual*. Aqui, não se exige o dolo específico do crime de genocídio, referente à destruição total ou parcial de um grupo.

É importante notar que o Estatuto de Roma trouxe maior extensão aos crimes contra a humanidade, tendo havido uma especial ampliação da tipificação quanto aos crimes ligados ao gênero, compreendendo a agressão sexual, a prostituição forçada e a gravidez ou esterilização forçadas.

Crimes de guerra (art. 8º)

São os atos ilícitos cometidos contra as normas de Direito da Guerra ou de Direito Humanitário, estabelecidas no próprio Estatuto ou nas Convenções sobre o tema (Haia e Genebra).

São crimes cometidos contra prisioneiros de guerra e contra populações civis. Entre eles, podemos citar: homicídios tortura ou tratamentos cruéis, experiências biológicas e ataques que sabidamente provocarão dano grave e permanente ao meio ambiente e ao patrimônio histórico, cultural e religioso.

Crime de agressão

O Estatuto de Roma não definiu o crime de agressão, nem o Tribunal teve, até o momento, oportunidade de delinear quais seriam suas características.

Normalmente entende-se o crime de agressão como o uso da força, por um Estado contra outro, com o objetivo de violar a soberania e a integridade do território do Estado agredido.

3.4.2 Competência pessoal, temporal e territorial

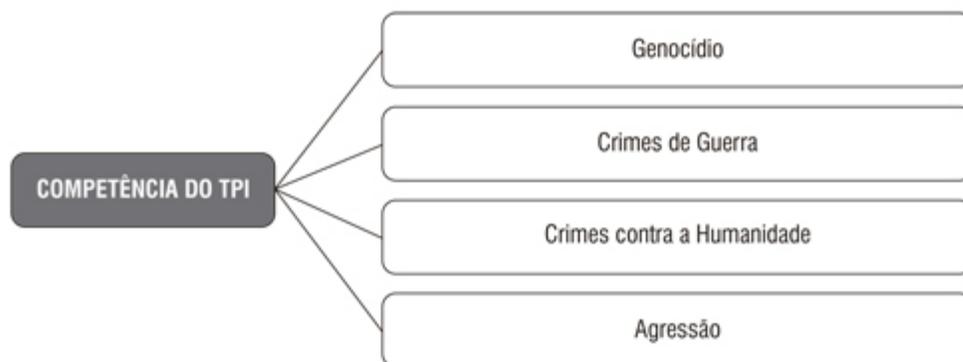
O TPI não pode julgar Estados, pois adota o princípio da *responsabilidade criminal individual*, só lhe sendo possível julgar pessoas físicas. A responsabilidade dos Estados pelos crimes é analisada em outros foros, como a Corte Internacional de Justiça.

Podem ser réus no Tribunal as pessoas responsáveis pelos “crimes de maior gravidade e de alcance internacional” (art. 1º do Estatuto), desde que sejam maiores de 18 anos à época do ilícito. Tanto as pessoas que cometeram os crimes como as que os ordenaram ou instigaram, de qualquer forma, podem ser réus no TPI.

A nacionalidade do réu é irrelevante, bastando que tenha cometido o crime no território de um Estado-membro do TPI ou que tenha aceitado sua jurisdição. Entendem-se como território os navios e aeronaves matriculados nos Estados que estão sujeitos à sua jurisdição.

Quanto à competência temporal, o TPI pode julgar apenas os atos cometidos após sua entrada em vigor, em 2002. Caso o Estado tenha aderido posteriormente ao Estatuto de Roma, a competência se restringe aos atos cometidos após a entrada em vigor de tal diploma nos referidos Estados.

Síntese



3.5 Os problemas do TPI no direito brasileiro

Os problemas jurídicos referentes à aplicação do Estatuto de Roma no Direito brasileiro são vários. Boa parte desses problemas foi descrita pelo Ministro Celso de Mello na Pet 4.625/Sudão, primeira solicitação feita pelo TPI ao Estado brasileiro, pela qual se pretende a prisão do Presidente do Sudão, Sr. Omar Al-Bashir.

Em seu despacho inicial, o Ministro enumera diversos temas que deverão ser discutidos na análise deste pleito, dentre os quais destacamos:

- a) a necessidade de lei formal (ato do Parlamento) para tipificação de crimes;
- b) o problema da prisão perpétua;
- c) a impossibilidade de invocação, por Chefe de Estado, de sua imunidade de jurisdição em face do Tribunal Penal Internacional (Estatuto de Roma, art. 27).

3.5.1 A diferença entre entrega e extradição

Uma confusão inicial é comumente feita entre o instituto da entrega e o da extradição. A possibilidade de brasileiros serem detidos no território brasileiro e em seguida enviados para julgamento em outro país e, eventualmente, para cumprimento da pena em outro Estado chegou a causar espanto em alguns juristas, que viram no evento algo muito parecido com a extradição, proibida para nacionais, conforme o art. 5º, LI, da Constituição.

Contudo, a simples “entrega”, nos termos do Estatuto de Roma, arts. 89 e 102, *a*, deve ser vista como ato de cooperação do Brasil com o TPI. Além disso, este não pode ser entendido como tribunal estrangeiro, mas sim tribunal internacional, do qual o Brasil faz parte.

Portanto, não devemos confundir o instituto da *extradição*, pelo qual um Estado entrega um cidadão a uma jurisdição estrangeira, para que lá seja julgado, com o ato de *entrega* ao Tribunal Penal Internacional, ato de cooperação com um Tribunal internacional que faz parte da nossa ordem jurídica.

3.5.2 A necessidade de lei formal para tipificação penal

Outro problema apontado pelo Ministro Celso de Mello é a necessidade de lei formal prévia (ato do Parlamento) para que alguém possa ser acusado

de crime no Brasil. Para o Ministro, o Estatuto de Roma, que é um tratado, não seria um ato do Parlamento. Tal fato, inclusive, traz dúvidas à aplicação do Estatuto de Roma e do TPI no Direito brasileiro.

Contudo, é nosso entendimento que o Estatuto de Roma atende ao requisito da reserva de lei formal suscitado pelo Ministro Celso de Mello. Afinal, para que o Estatuto fosse ratificado, foi necessária sua aprovação por ambas as casas do Parlamento, não podendo se afirmar que um tratado não possui a mesma força vinculante que uma lei.

De toda forma, e para evitar que tal argumento seja suscitado por criminosos de guerra e genocidas no futuro, há um Projeto de Lei (PL n. 4.038/2008) em curso no Congresso brasileiro, tipificando como crimes todos os atos mencionados no Estatuto de Roma. Caso ele seja aprovado, o que se espera, a discussão sobre o assunto se findará.

3.5.3 A previsão de pena de prisão perpétua

Dentre as previsões polêmicas do Estatuto de Roma, também destacamos a do art. 77, I, *b*, que prevê a aplicação da prisão perpétua em determinados casos. Ocorre que tal pena, no nosso ordenamento constitucional, é expressamente proibida, o que nos traz um problema a ser enfrentado pela doutrina e pela jurisprudência.

Historicamente já é uma tradição no Direito brasileiro a vedação à pena de caráter perpétuo. Por isso, no momento em que se cria uma possibilidade de sua aplicação, faz-se necessário um cuidado a fim de que não haja um retrocesso em toda a evolução humanitária conquistada pelo direito no decorrer da história.

Há doutrinadores que entendem que a submissão do Brasil ao Estatuto de Roma não acarretaria inconstitucionalidade, pois a ordem constitucional pátria estaria voltada para o direito interno, e não para a ordem internacional.

Destacam ainda o fato de que a própria Constituição prevê que a República deverá reger-se, nas suas relações internacionais, pela prevalência dos direitos fundamentais, sendo certo que o Brasil, nas suas relações com a comunidade internacional, não poderia contrapor normas que condizem exclusivamente com a disciplina de suas instituições internas.

O conflito, portanto, seria apenas aparente, pois o Estatuto de Roma e a Constituição brasileira atuam em esferas diferentes de competência, o TPI punindo os autores de crimes de relevância mundial e a Constituição Federal restringindo a esfera de poder punitivo estatal no âmbito interno.

Ocorre que o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a aplicação de pena capital ou prisão perpétua em outros países (situação distinta da sustentada pelos doutrinadores, mas bastante análoga) é contrário a tal conclusão. Nesse sentido, vale conferir os votos do Ministro Celso de Mello, na Extradicação n. 855, e do Ministro Carlos Ayres Brito, na Extradicação n. 944.

Para o Supremo Tribunal Federal, o Brasil só deverá extraditar um indivíduo se o Estado requerente considerar o que dispõe o art. 5º, XLVII, *b*, e se obrigar, perante o Estado brasileiro, em comutar a pena de prisão perpétua em pena não superior à duração máxima de 30 anos estabelecida no art. 75 do Código Penal brasileiro. Ou seja, o Supremo entende que tais situações, embora ocorridas fora do Brasil e de competência de jurisdição estrangeira, sujeitam-se à autoridade hierárquico-normativa da Constituição brasileira.

Além disso, é de ressaltar que a norma constitucional que proíbe a prisão perpétua é um dos direitos fundamentais, sendo, por conseguinte, cláusula pétrea, nos termos do art. 60, § 4º.

As cláusulas pétreas, como já exposto, formam o núcleo intangível da Constituição Federal e limitam o poder do constituinte reformador. Portanto, a proibição da pena de prisão perpétua só poderia ser relativizada se houvesse uma ruptura da ordem constitucional vigente, pois se trata de uma garantia do condenado de caráter imutável.

Assim, embora entendamos que a submissão de um indivíduo ao julgamento do TPI é constitucional, **não concordamos** com a doutrina que afirma que a entrega de um indivíduo, nacional ou estrangeiro, ao Tribunal Penal Internacional deve se dar sem qualquer ressalva.

3.5.4 A impossibilidade de invocação de imunidade de jurisdição

Um último tema problemático para o Direito brasileiro é a impossibilidade de invocação de imunidade de jurisdição, por Chefe de Estado, no Tribunal Penal Internacional. Contudo, este nos parece um problema menor e de fácil resolução.

É que o art. 27 do Estatuto de Roma proíbe tal possibilidade, justamente em virtude de que a maior parte dos crimes de sua competência é ordenada por Chefes de Estado, Ministros ou pessoas sob seu poder, que, ao serem processados, invocam imediatamente a prerrogativa de foro como matéria de defesa. Portanto, julgar chefes de Estado é um dos fundamentos básicos do TPI.

Tal previsão, embora conflite com os dispositivos da Constituição que preveem para os agentes políticos dos três Poderes da República regras próprias para a abertura de processo criminal, não nos parece inconstitucional.

Em primeiro lugar, é de destacar que a competência do TPI é subsidiária, como já exposto, o que faz com que ela só seja invocada como último recurso, quando não houver uma resposta efetiva pelo Estado-membro.

Em segundo lugar, as prerrogativas de foro não são cláusulas pétreas e podem, perfeitamente, ceder, quando em conflito com normas protetoras de direitos e garantias fundamentais, como é o caso do TPI.

3.6 Casos paradigmáticos de desrespeito dos direitos humanos por empresas

Embora boa parte da luta dos Direitos Humanos passe pelo Estado, atualmente tem-se um consenso de que grandes corporações podem ser decisivas tanto na proteção como no desrespeito a tais direitos. Optamos por apontar, nas próximas páginas, o resumo de alguns casos que se tornaram referência no estudo dos Direitos Humanos em que empresas foram responsáveis por violações graves aos direitos fundamentais. Além de ilustrar a dificuldade que se tem na concreção de tais direitos, o estudo de tais casos permite ao estudioso dos Direitos Humanos identificar aplicações práticas ao que aqui foi estudado.

3.6.1 O caso do amianto

O amianto é uma substância química empregada na confecção de produtos, como telhas, caixas d'água e pastilhas de freio. Segundo alguns especialistas, a exposição a tal substância tem o poder de causar doenças pulmonares. Em contrapartida, as empresas que produzem tais mercadorias alegam que a utilização do amianto na produção industrial não oferece riscos à saúde dos trabalhadores, porque se dá de acordo com todas as limitações e impedimentos previstos na Lei Federal n. 9.055/95, que disciplina a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do amianto e dos produtos que contenham amianto.

Apesar de a matéria ser regulada por lei federal, quatro estados, entre eles São Paulo, apoiando-se na competência concorrente para legislar sobre a saúde, proibiram em suas jurisdições a fabricação, o uso e a compra de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou outros minerais que tenham fibras de amianto na sua composição.

Desde que a polêmica sobre o amianto foi estabelecida, o Judiciário foi diversas vezes chamado tanto para analisar a adequação da regulação e da proibição da produção e da comercialização do amianto como para analisar situações concretas de trabalhadores e pessoas que foram expostas a tal produto químico. Na maior parte das situações, foram utilizadas ações individuais de indenização por danos materiais, seja pelas despesas médicas, seja pela morte de alguns trabalhadores em virtude de tal exposição.

Além das ações individuais, outros instrumentos judiciais foram utilizados – em especial as Ações Civis Públicas (ACPs) e os mandados de segurança coletivos – com a finalidade de evitar a utilização do amianto pela indústria.

A indústria, por sua vez, ingressou com diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs), sobretudo por meio da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria (CNTI), contra leis estaduais que proibiram o amianto, sustentando que os Estados não seriam competentes para tanto.

A lei paulista que proibiu a utilização de amianto foi questionada por meio da ADI 3.937, e, em 2008, o STF, por sete votos a três, julgou improcedente a ação. Com essa decisão, o Supremo assegurou a validade da lei paulista, que proíbe “o uso, no Estado de São Paulo, de produtos,

materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto ou outros minerais que, acidentalmente, tenham fibras de amianto na sua composição”. Para tanto, o STF precisou declarar insatisfatória a proteção ao direito à saúde assegurada pela legislação federal, abrindo espaço para que o Estado legislasse sobre o tema.

No mesmo ano em que houve essa importante decisão no Supremo, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) e a Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANTP) ingressaram com uma ação direta de inconstitucionalidade em face da Lei n. 9.055/95, que autoriza o uso controlado do amianto branco (ADI 4.066). Contudo, até o momento essa ação não foi julgada pelo Supremo.

3.6.2 Caso dos transgênicos e segurança alimentar

Os transgênicos são organismos que possuem um ou mais genes artificialmente modificados. Tais substâncias começaram a ser usadas no país no começo da década de 1990, principalmente nas plantações de soja do Sul. Desde o seu surgimento, o uso promoveu debates em relação aos problemas que essa substância poderia causar na saúde das pessoas.

Em 1997, uma das primeiras ações judiciais que visava os transgênicos foi proposta pelo Greenpeace na Justiça Federal.¹ A Ação Civil Pública buscava reconhecer a necessidade de nos rótulos de produtos transgênicos estarem descritas as características, a composição e os riscos que essas substâncias poderiam trazer.

Já, em 1998, a Monsanto, empresa da área de biotecnologia, entrou com um pedido na Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CNTBio) para que liberasse o comércio de um tipo específico de soja resistente a alguns herbicidas. De imediato, o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) entrou com uma Ação Cautelar² na Justiça Federal, que acatou o pedido para que fosse proibida a sua liberação antes que fossem avaliados os riscos que tal substância causaria ao meio ambiente e à população.

Essa decisão foi revertida em 2004, quando por meio da Medida Provisória 113, de 2003, ficava autorizada a comercialização de soja transgênica. Desde então, diversas ações já foram propostas alertando os

riscos que essas substâncias trazem para a saúde e para o meio ambiente sem, no entanto, reverter a decisão.

Por meio do relato de algumas pessoas envolvidas nos processos, pode-se verificar que existem alguns obstáculos em relação ao acesso à justiça. Um deles é o poder econômico das empresas que apoiam os transgênicos e que por possuírem recursos financeiros quase ilimitados, conseguem promover campanhas massivas favorecendo essas substâncias além de financiarem pesquisas que, quase sempre, buscam exaltar as qualidades do produto, dificultando o acesso às verdadeiras consequências do produto.

Além disso, relata-se a afinidade entre essas empresas e o governo. A problemática da questão é o fato de o comércio dos transgênicos estar sendo permitido por meio de decisões unilaterais do governo. Para que se possam construir decisões mais sólidas e que se respeite o princípio democrático, deveria haver mais audiências públicas em relação a esse tema, que influencia de maneira grave na vida das pessoas.

3.6.3 Trabalho escravo

O trabalho escravo no Brasil foi oficialmente erradicado em 1888 com a Lei Áurea. Entretanto, após mais de 124 anos de sua abolição, ainda podemos encontrar resquícios desse tipo de trabalho no país. Segundo dados fornecidos pelo Ministério Público do Trabalho, atualmente existem cerca de 20 mil pessoas que trabalham em condições análogas à escravidão.

Apesar de as condições de trabalho serem semelhantes às da escravidão praticada no passado, atualmente a submissão do trabalhador se dá por meios econômicos, reduzindo-o à situação análoga à de um escravo. É muito comum o trabalhador receber seu pagamento atrasado e, ao compensar os empréstimos feitos pelo próprio empregador no período do atraso, não receber quantia alguma. Assim, o trabalhador fica “preso” ao seu patrão, que de maneira criminosa o colocou nessa situação.

O principal ator contra tal tipo de condição tem, sem dúvidas, sido o Ministério Público do Trabalho, que, por meio de medidas judiciais e administrativas, com destaque para a criação da “Lista Suja do Trabalho Escravo”, tem logrado êxito em restringir o acesso ao crédito e a financiamentos públicos por parte dessas empresas e aplicar-lhes multas sensíveis.

A fiscalização desse tipo de prática é difícil de ser feita de maneira adequada por serem longínquas e isoladas as áreas em que essa situação é mais comum.

Apesar de os principais focos dessa prática ilegal se darem no interior do país, é possível verificar a sua ocorrência nos grandes centros urbanos. Em meados de 2010, a rede varejista da área têxtil Marisa foi acusada de manter dezoito pessoas em regime análogo ao de escravidão. Grande parte deles era de imigrantes sul americanos que viviam clandestinamente no país.

Na verdade, esses trabalhadores não exerciam suas funções diretamente para a rede de lojas, mas, sim, para fornecedores que prestavam quase exclusivamente serviço para ela, tornando-a solidariamente responsável pelas condições de trabalho. A Marisa assinou um Termo de Ajustamento de Conduta com o Ministério Público do Trabalho (MPT 2ª Região – Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta – 1834/2010, de 22-9-2010) comprometendo-se a realizar verificações ao que concerne as condições de trabalho nas oficinas fornecedoras.

A partir desse último caso, é possível verificar diversos entraves em relação às salvaguardas dos trabalhadores. A falta de legislação que caracterize a responsabilidade de uma empresa por uma prestadora de serviços contratada propicia a instauração de contratos simulados a fim de não configurar a responsabilidade da empresa principal.

Além disso, a falta de informação e de um serviço proativo de defesa do trabalhador carente ajuda a fazer com que situações como essas continuem a acontecer sem que sejam denunciadas pelas próprias vítimas. A dependência financeira, por vezes jurídica (às vezes o trabalhador estrangeiro receia ser deportado), e o combate quase solitário do MPT em muito contribuem para a manutenção desse quadro.

3.6.4 A construção de residências em áreas contaminadas

No Brasil, varias foram as denúncias em relação a construções em regiões que propiciariam alto risco à vida. Um desses casos aconteceu em Mauá, região metropolitana de São Paulo, em 2000. No condomínio Barão

de Mauá, em uma das 59 torres, houve uma explosão que matou um funcionário e deixou outro gravemente ferido.

Após o ocorrido, a Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental (CETESB) procedeu à investigação a fim de apurar as causas da explosão. Assim, verificou-se que o condomínio havia sido construído no mesmo lugar que funcionara um aterro, e, por esse motivo, o solo estava repleto de gases inflamáveis e mais de 40 compostos nocivos à vida.

Com essa constatação, o Ministério Público, em conjunto com o Movimento Brasileiro *Universitates Personarum* JC&JC e com Instituto de Defesa da Cidadania, moveu uma Ação Civil Pública (3ª Vara Cível de Mauá/SP, julgado em 27 de setembro de 2006, ACP 348.01.2001.008501-4).

Essa ação se deu contra o Município de Mauá, a Cofap (antiga proprietária do espaço onde foi construído o condomínio), a Soma (responsável pela construção do sistema de água e esgoto), a SQG (construtora envolvida na construção do condomínio) e a Paulicoop (responsável pela venda das unidades).

Após as alegações de todas as rés se eximindo de responsabilidade em relação ao caso, a sentença em primeira instância decidiu que as rés violaram o direito fundamental ao meio ambiente e à saúde, além de venderem bens inaptos ao fim que se destinam.

Dessa fora, ficaram as rés sentenciadas a reparar integralmente a poluição do solo, da água e da vegetação. Além disso, ficou decretado que todas as 59 torres deveriam ser demolidas e, a título de ressarcimento por danos morais e materiais causados, teve que ser pago aos consumidores quatro vezes o valor corrigido do total da compra.

Em 2010, as empresas recorreram ao Tribunal de Justiça de São Paulo, que manteve a sentença de primeira instância (Ap. Civ. 9208189-15.2009.8.26. 0000, – julgado em 30 de setembro de 2010, Câmara Reservada ao Meio Ambiente). No entanto, por unanimidade, diminuíram o valor do ressarcimento ao valor que cada adquirente pagou, devidamente corrigido, acrescido de 100 salários mínimos a título de indenização.

Além da redução, o TJSP isentou a Prefeitura de Mauá de responsabilidade pelo ocorrido, o que, ao nosso ver, é um equívoco, pois, embora a eficácia horizontal dos Direitos Humanos possibilite a

responsabilização direta dos particulares, ela não afasta o dever de fiscalização dos órgãos públicos, em especial as Prefeituras, que são responsáveis pelos alvarás de construção.

3.7 A Usina de Belo Monte

Um importante tema que vem sendo calorosamente discutido pela sociedade civil é a construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte. Essa usina será construída no Pará, ao custo de R\$ 19 bilhões, e poderá gerar mais de 11.000 megawatts (MW), dessa forma atingindo o terceiro lugar no ranking das maiores hidrelétricas do mundo (só ficando atrás da Três Gargantas/China e da binacional Itaipu). Belo Monte forneceria energia elétrica a mais 26 milhões de pessoas (aproximadamente 13% da população nacional).

A partir desse caso, podemos entender um novo posicionamento social a respeito do confronto entre desenvolvimento e preservação do meio ambiente. O governo, principal defensor da instalação da Usina, defende que, com a instalação da usina, o país dependeria menos das usinas termoelétricas, as quais são extremamente poluidoras, e economizaria aproximadamente 50% em relação ao preço do MW, além disso estimularia a geração de empregos, já que sua construção necessitaria da mão de obra de quase 40 mil pessoas.

Os opositores a Belo Monte, entre os quais se destacam ONGs, comunidades ribeirinhas e índios, apontam que o projeto prejudicará a qualidade de vida das pessoas que vivem na região, diminuindo a oferta de água e destruindo boa parte da fauna e da flora. Além disso, alguns engenheiros levantam que a Usina seria ineficiente devido à mudança de vazão pela qual o Rio Xingu passa durante os meses.

Temos aqui mais um conflito entre direitos fundamentais. De um lado, o direito ao desenvolvimento; do outro, o direito a um meio ambiente equilibrado. Parece-nos que não se pode falar em direito ao desenvolvimento se este implicar o desequilíbrio do ambiente em que se verificar.

Ocorre que dificilmente temos desenvolvimento sem mudanças na paisagem e no ambiente. Assim, se partirmos do dogma de que não se pode

alterar de forma alguma o meio ambiente, tornaríamos mera ficção o direito ao desenvolvimento.

É evidente, então, que precisamos aplicar a técnica da ponderação. Assim, o projeto da usina deve buscar ocupar o menor espaço possível e, para todo desequilíbrio causado, providenciar sua reparação ou, quando esta demonstrar-se impossível, providenciar sua compensação em outra área.

[1](#) Tribunal de Justiça de São Paulo, julgado em 8 de outubro de 2008, APC 379.261.4/5- 00 – voto 15659.

[2](#) Tribunal Regional Federal – Seção Judiciária do Distrito Federal, julgado em 10 de agosto de 1999, MC1998.34.00.027681-8.

◆ Conclusão

Nos últimos anos, muito se fez, especialmente do ponto de vista jurídico, sobre os Direitos Humanos Fundamentais. Se até o século XVIII afirmar que os homens são iguais por natureza era algo indefensável, ao longo dos dois últimos séculos os ativistas dos Direitos Humanos parecem ter vencido a batalha das ideias, e o princípio basilar da igualdade entre os homens parece não despertar grandes discussões no meio acadêmico ou mesmo em qualquer discussão cotidiana.

Com relação ao arbítrio estatal e o poder que este ente tem sobre seus cidadãos, também pouco resta a construir do ponto de vista jurídico. Hoje, é consenso entre os governantes de países democráticos que a tortura não pode ser uma política estatal e que as pessoas não podem ser detidas por manifestarem suas opiniões.

Enfim, as premissas teóricas já estão estabelecidas. Contudo, a luta atual é pela implementação e pela concreção de tais premissas. Em outras palavras, busca-se torná-las letra viva, direito sensível aos cidadãos como um todo, fazendo com que saiam do mero debate acadêmico.

Hoje, talvez como em nenhum outro momento histórico, a humanidade pode tornar efetivos os Direitos Humanos por meio da realização do que José Saramago chamou de *deveres humanos*. Tais deveres passam pela necessidade de tomarmos consciência do papel que exercemos na realização dos valores abrangidos em nossa Constituição e nas inúmeras declarações internacionais aqui estudadas.

Deveres humanos têm a ver com *alteridade*, com pensar o outro como parte de uma coletividade que integramos de forma irreversível. Deveres humanos têm a ver com a eficácia horizontal dos direitos humanos, que trazem para cada indivíduo a obrigação de serem protagonistas na luta pela igualdade dos homens e pelos limites ao arbítrio estatal. Deveres humanos têm a ver com igualdade do ponto de partida para todos que integram nossa sociedade. Enquanto essas oportunidades não forem minimamente

semelhantes entre todos, continuaremos a viver e a vivenciar uma sociedade excludente da qual jamais teremos orgulho de integrar.

◆ Referências

- ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, v. 217, jul./set. 1999.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: RT, 1999.
- BÍBLIA. Português. *Bíblia sagrada*. Tradução de Padre Antônio Pereira de Figueredo. Rio de Janeiro: Encyclopaedia Britannica, 1980. Edição Ecumênica.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2008.
- COMISSÃO INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Acesso à Justiça: violações de direitos humanos por empresas*. Brasil. Genebra, 2011. Disponível em <<http://www.icj.org/dwn/database/Brasil-Report-August2011.pdf>>. Acesso em:
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- CF. ALSTOM, Conjuring up new human rights: a proposal for quality control, *American Journal of International Law*, 1948, v. 78.
- FACCHI, Alessandra. *Breve história dos direitos humanos*. São Paulo: Loyola, 2011.
- FERREIRA, Manoel Gonçalves Filho. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- HÄBERLE, Peter. El estado constitucional europeo. In: Cuestiones Constitucionales. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. México: UNAM, n. 2, 2002.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã e matéria: forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- HOBBS, Eric. *Nações e nacionalismo desde 1870*. São Paulo: Paz e Terra, 2002.
- HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos*. São Paulo: Cia. das Letras, 2009.
- LAFER, Celso. Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). In: *História da paz: os tratados que desenharam o planeta*. MAGNOLI, Demétrio (Org.). São Paulo: Contexto, 2008.
- LIMA, Francisco Gérson Marques de. *O STF na crise institucional brasileira*. Estudos de casos: abordagem interdisciplinar de sociologia constitucional. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MAGNOLI, Demétrio; BARBOSA, Elaine Senise. *Liberdade vs igualdade: o mundo em desordem 1914-1945*. São Paulo: Record, 2011.

- MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 30. ed. São Paulo: LTr, 2004.
- PEREIRA FILHO, Aécio; QUEIROGA, Marcos Alexandre de; RÉLICA, Andressa; LIMA, Diana de Melo Costa; SILVA, Fagner Jean Chianca da. Pacto dos direitos civis e políticos. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/dh/br/pb/dhparaiba/2/civis.html>>. Acesso em: 13-11-2011.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- POOLE, Hillary. *Direitos humanos: referências essenciais*. Tradução de Fabio Larsson. São Paulo: Edusp, 2007.
- PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.
- REGO, Giovana Patrícia. A incorporação dos direitos humanos no direito constitucional brasileiro. Disponível em: <<http://dhnet.org.br/dados/cursos/dh/br/pb/dhparaiba/4/constituicao.html>>. Acesso em: 8-11-2011.
- SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SARMENTO, George. *Direitos humanos: liberdades públicas, ações constitucionais, recepção dos tratados internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SCHWARZ, Gilson. Conferência de Bretton Woods (1944). In: *História da paz: os tratados que desenharam o planeta*. MAGNOLI, Demétrio (Org.). São Paulo: Contexto, 2008.
- SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2010.
- SÓFOCLES. *Antígona*. Millôr Fernandes (trad.). 7 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.
- TRINDADE, José Damião de Lima. *História social dos direitos humanos*. São Paulo: Peirópolis, 2002.