

Coordenação
Karol Arruda
Fábio Roque
Matheus Carvalho

RETA FINAL – DPE/BA

2021

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

The background features a large, light grey circle on the left side, with several dotted lines of varying radii and colors (grey and white) curving across the page. The text is positioned over these elements.

DIREITOS

HUMANOS

Matheus Augusto de Almeida Cardozo

1. TEORIA GERAL DOS DIREITOS HUMANOS

1.1. CONCEITO DE DIREITOS HUMANOS. DISTINÇÃO ENTRE DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

A expressão *direitos humanos* está intimamente ligada ao âmbito do direito internacional público. É possível definir tais direitos como o conjunto de normas estatuídas pela ordem internacional e que visam a materialização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Ontologicamente, direitos humanos e direitos fundamentais são idênticos; ocorre que a distinção entre ambos está no plano em que estão positivados: enquanto os *direitos humanos* constituem os direitos tutelados pela ordem internacional, os *direitos fundamentais* estão afetos à proteção interna que cada país confere a tais direitos em sua ordem jurídica doméstica pelas Cartas Constitucionais.

1.2. FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DOS DIREITOS HUMANOS

Qual é a razão de ser dos direitos humanos? Por qual motivo tais direitos devem ser respeitados? A resposta é dada de acordo com a corrente doutrinária que analisa a pergunta feita.

Para a **corrente positivista**, os direitos humanos têm como fundamento sua própria regulamentação pelo direito positivo, pois normas de caráter moral, além de metafísicas, não possuem a coercibilidade inerente às normas jurídicas. Sob esse prisma, os direitos humanos, para serem válidos, precisam ser reconhecidos legalmente no âmbito doméstico de cada ordenamento jurídico.

Por sua vez, para a **corrente jusnaturalista**, a pessoa é titular de tais direitos pelo simples fato de ser pessoa. Os jusnaturalistas seguem a lição kantiana segundo a qual as pessoas – diferentemente das coisas – possuem dignidade por serem únicas e insubstituíveis. Os direitos humanos, por serem naturais e inatos, existem independentemente de positivação pelo Estado.

Importante frisar que **o jusnaturalismo é movimento que melhor responde a questão atinente aos fundamentos filosóficos dos direitos humanos**. De acordo com o art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), "*Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade*".

Quando os direitos humanos previstos no âmbito internacional passam a ser reconhecidos no âmbito interno de determinado Estado, a essa positivação dá-se o nome de "*institucionalização dos direitos humanos*".

1.3. TIPOS DE DIREITOS HUMANOS

De uma maneira didática, é possível elencar as seguintes espécies de direitos humanos:

- (a) **Direitos civis:** estão relacionados com os direitos de liberdade que o indivíduo possui para o pleno desenvolvimento de sua autonomia, que devem ser respeitados pelo Estado (liberdade de expressão, liberdade de reunião etc.).
- (b) **Direitos políticos:** representam o rol dos direitos humanos que permitem ao cidadão a participação na vida política do Estado, como por exemplo organizar partidos, votar e ser votado.
- (c) **Direitos econômicos:** relacionam-se com os direitos do trabalhador.
- (d) **Direitos sociais:** são os direitos que objetivam a redução das desigualdades sociais mediante a prática de ações governamentais concretas (direito à saúde, educação, moradia etc.).
- (e) **Direitos culturais:** compreende o rol dos direitos relacionados às práticas culturais (direito de livre manifestação cultural, por exemplo).
- (f) **Direitos difusos:** são direitos titularizados pela coletividade, que não pertencem exclusivamente a nenhuma pessoa específica (exemplo: direito ao meio ambiente equilibrado).

1.4. FONTES DOS DIREITOS HUMANOS

Entende-se como Direitos Humanos Internacionais a soma dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e coletivos estipulados pelos instrumentos internacionais e regionais e pelo costume internacional. Deste conceito extraem-se as principais fontes formais do DIDH, quais sejam: os tratados internacionais e o costume internacional – os princípios também são considerados como fonte formal primária. Há, ainda, as fontes auxiliares, tais como a doutrina e as decisões judiciais.

O art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça traz as fontes do Direito Internacional.

Artigo 38

1. *A Corte, cuja função seja decidir conforme o direito internacional as controvérsias que sejam submetidas, deverá aplicar;*
2. **As convenções internacionais**, sejam gerais ou particulares, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
3. **O costume internacional** como prova de uma prática geralmente aceita como direito;
4. **Os princípios gerais do direito** reconhecidos pelas nações civilizadas;
5. **As decisões judiciais e as doutrinas** dos publicitários de maior competência das diversas nações, **como meio auxiliar** para a determinação das regras de direito, sem prejuízo do disposto no Artigo 59.
6. *A presente disposição não restringe a faculdade da Corte para decidir um litígio ex aequo et bono, se convier às partes.*

Segundo André de Carvalho Ramos, são fontes do Direito Internacional, apesar de não mencionadas no supracitado artigo, os *atos unilaterais* e as *resoluções vinculantes* das organizações internacionais.

1.5. CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS HUMANOS

- **Inerência**

Essa característica decorre da corrente jusnaturalista. Os direitos humanos são inerentes a cada pessoa, pelo simples fato de existir como ser humano, ou seja, a inerência consiste no reconhecimento de que todos os indivíduos são titulares dos direitos humanos porque todos fazem parte da espécie humana.

- **Universalidade. O embate entre universalismo e relativismo cultural.**

Dizer que os direitos humanos são universais significa que os seres humanos devem ser tratados como tais independentemente de quaisquer critérios distintivos como etnia, orientação religiosa ou sexual, opção política, nacionalidade etc.

O art. 1º da DUDH, ao dispor que "*todos os seres humanos nascem livres e iguais em direitos*", é considerado o marco normativo que pela primeira vez fez alusão à universalidade e à inerência dos direitos humanos.

Com efeito, diante da universalidade, os direitos humanos, para ser reconhecidos, passam a não necessitar mais de positivação nos ordenamentos internos de determinado Estado ou de um vínculo específico de nacionalidade: há doravante o dever - de natureza internacional - de proteção aos indivíduos.

O processo de universalização dos direitos humanos representa movimento muito recente na história jurídica e é delineado com maior concretude após a Segunda Grande Guerra Mundial (1939-1945). Segundo Flávia Piovesan, o sistema internacional de proteção dos direitos humanos constitui uma "**garantia adicional de proteção**", pois, ao mesmo tempo que estabelece parâmetros protetivos mínimos a ser observados pelos países, somente permite que o sistema internacional de proteção seja ativado caso as instâncias domésticas dos países sejam falhas ou omissas no cumprimento do dever de proteção.

O universalismo constitui relevante resposta diante da barbárie nazista, que promoveu horrores em nome da legalidade. Os regimes nazista e fascista praticaram atos atrozes contra os seres humanos, sob o argumento de que o direito não possui qualquer vinculação com valores éticos. Após a Segunda Grande Guerra Mundial, as constituições europeias, por exemplo, passaram a ser permeadas de princípios e valores, com destaque para a dignidade da pessoa humana. Intenta-se com isso uma aproximação indissociável entre ética e direito.

A concepção universalista dos direitos humanos, embora consagrada nos documentos internacionais, é constantemente questionada pelos adeptos do chamado **relativismo cultural** - corrente de pensamento que vê os direitos humanos como fruto da evolução e cristalização dos valores da "civilização ocidental". Entendem que conferir ao direito internacional dos direitos humanos caráter cogente impli-

caria uma tentativa de impor aos demais povos determinada cultura, prevalecente apenas diante da conjuntura geopolítica. Em última instância, os direitos humanos universais fariam parte de projetos imperialistas das potências ocidentais.

Para os relativistas, a noção de direito está atrelada aos sistemas político, moral, social, econômico e cultural de determinada sociedade. Dessa maneira, caberia a cada comunidade o exclusivo direito de elaborar seu próprio discurso acerca dos direitos humanos e fundamentais. A conclusão óbvia, para os relativistas, é que a pluralidade cultural não autoriza a formação de uma moral universal, sendo necessário o respeito às diferenças culturais.

Já para os universalistas, qualquer ataque ao “mínimo ético irredutível” que afronte a dignidade humana - ainda que sob a alegação de se tratar de uma prática culturalmente aceita em dada sociedade - importa em violação a direitos humanos.

Atenção: **os instrumentos e documentos internacionais de proteção dos direitos humanos são nitidamente universalistas**, já que visam assegurar o resguardo universal dos direitos fundamentais

Boaventura de Sousa Santos sugere um diálogo intercultural que conjugue os diversos pontos de vista sobre os direitos humanos, de forma que a busca da universalidade seja o *ponto de chegada* do diálogo entre as diferentes culturas (e não o ponto de partida). A esse processo de busca do consenso entre as distintas culturas mundiais dá-se o nome de **hermenêutica diatópica**.

- **Historicidade**

Os direitos humanos não são benesses conferidas por algum governante altruísta ou por alguma divindade; tais direitos surgem gradativamente ao longo de um paulatino e árduo processo de conquistas históricas. Cada momento histórico reconhece os direitos que estão em pauta naquele dado momento, e por isso os direitos humanos não podem ser reconhecidos todos de uma vez.

- **Proibição do retrocesso (efeito *cliquet* ou proibição da evolução reacionária)**

De acordo com essa característica, os direitos humanos construídos e incorporados historicamente ao patrimônio jurídico da humanidade não podem ser suprimidos, sob pena de aviltamento da dignidade humana. A vedação ao retrocesso social permite afirmar que **a historicidade dos direitos humanos é expansiva**, leia-se, os novos direitos têm sempre a função de maximizar o âmbito de proteção da pessoa humana.

As tentativas de supressão das normas de direitos humanos - ou de diminuição do seu alcance perante a coletividade - são denominadas doutrinariamente de “*entrenchment*” (ou entrincheiramento).

- **Centralidade**

A tutela da dignidade da pessoa humana constitui o principal fundamento de legitimidade dos Estados Constitucionais modernos. Por isso afirma-se que, nesses Estados, os direitos humanos constituem o aspecto central de atuação estatal.

- **Relatividade**

Como não existe direito absoluto, é lícito que os direitos humanos – assim como ocorre com os direitos fundamentais - sofram limitações, desde que tais limitações: a) sejam justificáveis pela defesa de um outro direito também fundamental; b) respeitem o princípio da proporcionalidade e; c) não esvaziem o núcleo essencial do direito envolvido.

- **Irrenunciabilidade**

Os direitos humanos são irrenunciáveis, não podem ser abdicados, abjurados, e qualquer manifestação de vontade nesse sentido é nula de pleno direito.

Essa característica informa-nos que nenhuma pessoa possui o poder de dispor sobre a proteção de sua própria dignidade.

- **Inalienabilidade**

Os direitos humanos são inalienáveis, ou seja, não constituem objeto de comércio e não podem ser objeto de alienação onerosa ou gratuita.

- **Imprescritibilidade**

Os direitos humanos podem ser vindicados a qualquer tempo, não sendo justificável a perda da pretensão de defesa de tais direitos pelo seu não-exercício.

Atenção: o exercício dos direitos humanos são imprescritíveis. No entanto, são prescritíveis as pretensões de reparação econômica decorrentes da violação de tais direitos.

- **Unidade, indivisibilidade e interdependência**

Os direitos humanos constituem um complexo – uno e indivisível – de normas cogentes, no qual as diferentes espécies de direitos inter-relacionam-se e são igualmente importantes para o atingimento da dignidade. Uma geração (ou dimensão) de direitos não exclui a outra, pelo contrário, com ela interage.

A indivisibilidade está ligada ao objetivo maior do sistema internacional de direitos humanos, que é a promoção e a garantia da dignidade humana. Não existe meio-termo: só há vida verdadeiramente digna se todos os direitos previstos no direito internacional dos direitos humanos estiverem sendo respeitados, sejam civis e políticos, sejam econômicos, sociais e culturais.

1.6. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS

As grandes declarações de direitos na história relacionam-se com a limitação dos poderes dos monarcas e também com o reconhecimento de determinadas liberdades públicas.

Há uma certa convergência doutrinária no seguinte ponto: as primeiras declarações de direitos humanos foram emanadas da Inglaterra, dos Estados Unidos da América e da França.

Para os fins a que esta obra se destina, será feito uma sumária – mas relevante - exposição cronológica acerca dos primeiros documentos que constituem a gênese e o processo evolutivo dos direitos humanos.

- **MAGNA CARTA DE 1215 (INGLATERRA):** apesar de não beneficiar diretamente o povo inglês, teve sua importância por conta das limitações impostas ao poder do monarca. Sua finalidade foi proclamar determinados privilégios aos barões e também conferindo liberdade à Igreja. Portanto, pode-se afirmar que **a Magna Carta de 1215 contribuiu para a afirmação de que o poder político deve ser institucionalmente limitado pela lei.**
- **“HABEAS CORPUS ACT” DE 1679 (INGLATERRA):** a lei do “habeas corpus” consagra o aludido remédio heroico como instrumento processual apto a proteger a liberdade dos indivíduos contra prisões arbitrárias.
Atenção: **em que pese a Magna Carta de 1215 tenha sido o instrumento que deu origem ao “habeas corpus”, foi o “Habeas Corpus Act” (1679) que criou as regras procedimentais para o seu exercício, robustecendo a referida garantia.**
- **O “BILL OF RIGHTS” RESULTANTE DA REVOLUÇÃO GLORIOSA DE 1689 (INGLATERRA):** consagrou a supremacia do Parlamento em relação ao monarca, instaurando a monarquia constitucional na Inglaterra, além de prever alguns direitos fundamentais da população inglesa. A Declaração de Direitos de 1689 estatuiu eleições livres para o Parlamento, imunidade material dos parlamentares; atribuiu ao Parlamento a competência para cobrar impostos. Foi a aludida Declaração (“Bill of Rights”) a precursora da separação entre os poderes instituídos, que somente alguns anos depois seria objeto de estudo de Montesquieu em sua célebre obra “O Espírito das Leis”.
- **AS DECLARAÇÕES NORTE-AMERICANAS DE 1776:** a Declaração de Virgínia, de 16 de junho de 1776, assim como a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 4 de julho de 1776, reconhecem a igualdade e a liberdade dos homens como direitos inatos de todos. Para além, estabelecem a separação entre os poderes do Estado, sendo de inegável importância para o processo histórico de afirmação dos direitos humanos.
- **A REVOLUÇÃO DE 1789 E A DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO (FRANÇA):** a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada no dia 26 de agosto de 1789, após a Queda da Batilha, foi a referência para o restante do mundo ocidental. Suas bases ideológicas são liberdade, igualdade e fraternidade, justamente os pilares (valores) que representam as gerações de direitos humanos. **Diferentemente do que ocorreu nas declarações inglesas e americanas, a Declaração Francesa de 1789 foi direcionada aos direitos do ser humano (caráter universal e generalista da Declaração); tinha por objeto proclamar**

os direitos civis e políticos a todos os povos do globo com validade atemporal - independentemente da nacionalidade do indivíduo.

1.7. GERAÇÕES (OU DIMENSÕES) DOS DIREITOS HUMANOS

Primeiramente, destaca-se que a doutrina moderna prefere a expressão “dimensões” - e não “gerações”, pois esta última traz a ideia de sucessão, contrariando o caráter indivisível e interdependente dos direitos humanos. Uma geração de direitos não exclui nem sucede a anterior, mas a ela se soma.

A expressão *geração* de direitos humanos simboliza um plexo de direitos reconhecidos como tais em determinado momento histórico, todos eles com o intuito de afirmar um determinado valor. Após a proclamação da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão na França (1789), por exemplo, desenhou-se através dos direitos civis e políticos a ideologia vigente à época - que ansiava pelo valor “liberdade”.

A doutrina afirma que a expressão “geração” deveria ser substituída por “dimensão”, uma vez que, como dito, o vocábulo “geração” remete à ideia de substituição de uma geração por outra. Vejamos as características de cada uma das gerações/dimensões:

(a) **1ª Geração/Dimensão:** surgiu com as revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII. Englobam os chamados “direitos de liberdade” – **direitos civis e políticos**, materializados através de “prestações negativas”, nas quais a inação do Estado serve para tutelar a esfera de autonomia do indivíduo. Assim, o Estado não poderia interferir na órbita individual, salvo para garantir a prevalência do máximo de liberdade possível para todos. **São os marcos positivos dos direitos de primeira geração a Constituição Americana (1787) e também a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789).** Exemplos: direito à liberdade de expressão, igualdade perante a lei (igualdade formal) e direito de propriedade.

(b) **2ª Geração/Dimensão:** compreende os direitos prestacionais, que nascem com a função de exigir do Estado uma atuação positiva para reduzir as desigualdades sociais e econômicas causadas pelo excesso de individualismo do Estado Liberal. Tais direitos visam a consecução da igualdade material e compreendem os **direitos econômicos, sociais e culturais**. A ausência do Estado no plano econômico – decorrente do liberalismo – conduziu a uma distribuição desigual de riquezas, propiciando o crescimento vertiginoso de uma população alijada das condições materiais necessárias para uma vida digna. O Estado Social chama para si a obrigação de intervir na economia e promover políticas públicas capazes de reduzir as desigualdades social e econômica. Nesse sentido, o Estado Social apresenta uma dimensão positiva, que enseja do Estado uma ação, e não apenas a abstenção. **A Constituição mexicana de 1917 foi a primeira Carta Política a consagrar os direitos sociais, seguida da Constituição Alemã de Weimar (1919).** Exemplos: direito à saúde, educação, previdência social, habitação.

(c) **3ª Geração/Dimensão:** são direitos transindividuais, ou seja, extrapolam os interesses individuais de cada um. Focam na proteção do ser humano coletiva-

mente considerado. São os **direitos difusos**, ligados ao ideal de **fraternidade** que deve reger a humanidade. Diferentemente do que ocorre nos direitos de primeira e segunda geração, aqui não se toma como ponto central a relação entre indivíduo e Estado. Exemplos: direitos de proteção ao consumidor e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Se fala ainda em direitos de **quarta geração** – relacionados com o direito à *democracia* (Paulo Bonavides) e também com os direitos relacionados à *manipulação genética* (Norberto Bobbio).

Paulo Bonavides cogita ainda a existência de uma **quinta geração** de direitos humanos, que se constitui nas normas que visam materializar o *direito à paz*.

1.8. A INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Por conta da centralidade que os direitos humanos adquiriram no ordenamento jurídico, alguns critérios hermenêuticos de interpretação foram delineados para conferir a validade e a eficácia dos direitos humanos em seu maior grau possível.

De acordo com o **princípio da interpretação conforme os direitos humanos**, dentre as várias possibilidades de interpretação da norma impugnada, deve-se conferir a ela a interpretação que se compatibilize com os direitos humanos.

Há ainda os princípios da *máxima efetividade* e também da *interpretação mais favorável ao ser humano* (“*pro homine*”).

A **máxima efetividade dos direitos humanos** exige do intérprete que o seu trabalho hermenêutico conduza ao maior grau de eficácia do direito posto em análise; no entanto, o referido princípio interpretativo exige também que os titulares do direito sacrificado sofram o menor sacrifício possível.

Já o princípio da **interpretação mais favorável ao ser humano** (“*pro homine*”) orienta que a interpretação dos direitos humanos seja sempre aquela mais favorável ao indivíduo. Esse princípio serve para solucionar conflito entre normas do direito doméstico de cada país e o direito internacional dos direitos humanos. No Brasil, *v.g.*, o STF, no julgamento do RE 466.343, reconheceu que a regra que veda a prisão do depositário infiel prevista no Pacto de San Jose da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos) teria prevalência sobre a Constituição Federal de 1988, que prevê tal modalidade de prisão civil, justamente porque na temática dos direitos humanos deve prevalecer a interpretação mais favorável ao indivíduo. Após a decisão proferida pela Suprema Corte no mencionado Recurso Extraordinário, foi editada a Súmula Vinculante 25, cujo enunciado dispõe que “*É ilícita a prisão do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito*”.

2. DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS (DIDH)

2.1. PRECEDENTES HISTÓRICOS DO DIDH

O Direito Internacional dos Direitos Humanos representa o conjunto de normas internacionais vocacionadas para a tutela dos direitos humanos.

A doutrina costuma elencar como os seguintes precedentes históricos do processo de internacionalização (e universalização) dos direitos humanos:

- (1) O DIREITO HUMANITÁRIO: trata-se do direito aplicável na hipótese de guerra, fixando limites à atuação dos Estados em casos de conflitos bélicos. Visa assegurar o resguardo dos direitos fundamentais dos **militares postos fora de combate** (prisioneiros de guerra, feridos, doentes etc.) e também da **população civil** que se vê entrincheirada pelo conflito. Representa importante limitação à autonomia das nações, ainda que diante de conflito armado.
- (2) A CRIAÇÃO DA LIGA DAS NAÇÕES: também com o intuito de relativizar a soberania dos Estados-membros, a Liga das Nações foi criada após a Primeira Grande Guerra Mundial (em abril de 1919) com a finalidade institucional de promoção da paz, da cooperação entre as nações e da segurança internacional. A Liga das Nações constitui o embrião do que posteriormente viria a ser a Organização das Nações Unidas (ONU).
- (3) A CRIAÇÃO DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT): assim como a Liga das Nações, a OIT foi criada após a Primeira Grande Guerra Mundial. Sua finalidade precípua é promover a padronização de condições dignas de trabalho e o bem-estar dos trabalhadores.

A verdadeira consolidação do DIDH ocorre em meados do século XX, após a 2ª Grande Guerra Mundial (1939-1945). Houve uma crença na comunidade internacional de que as atrocidades cometidas na *Era Hitler* poderiam ter sido evitadas se houvesse um sistema global de proteção internacional dos direitos humanos. A criação da Organização das Nações Unidas (ONU) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) pela Assembleia-Geral da ONU em 1948 demonstram claramente que os direitos humanos assumem um espaço de legítimo interesse na agenda das nações.

Nesse contexto de internacionalização dos direitos humanos, o **Tribunal de Nuremberg (1945-1946)** significou relevante acontecimento histórico. O **Acordo de Londres (1945)** aprovou a instalação de um Tribunal Militar Internacional para processar e julgar os alemães pela guerra e pelos abusos nazistas cometidos durante a 2ª Guerra Mundial. **Os juízes que compunham o Tribunal de Nuremberg aplicaram o costume internacional para condenar vários réus por crimes de guerra, crimes contra a humanidade e crimes contra a paz.** A tese de defesa dos alemães envolvidos baseou-se com veemência nos princípios penais da legalidade e da irretroatividade da lei penal mais gravosa: alegaram que os nazistas, além de atuarem no estrito cumprimento do dever legal, estavam sendo processados e julgados por crimes internacionais que não eram formalmente delitos no momento em que foram cometidos. Para além, alegaram que havia sido criado um tribunal de exceção para julgá-los, em afronta ao princípio do juiz natural.

O processo em trâmite em Nuremberg iniciou no dia 20 de novembro de 1945 e finalizou do dia 1º de outubro de 1946. Houve 403 sessões públicas e ao final três réus foram absolvidos, doze foram condenados à morte por enforcamento, três fo-

ram condenados à prisão perpétua e quatro foram condenados à perda privativa da liberdade ambulatorial por tempo determinado.

2.2. SISTEMA GLOBAL E SISTEMAS REGIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Como visto anteriormente, o sistema internacional de proteção dos direitos humanos visa estabelecer *parâmetros mínimos de proteção* de tais direitos pelos Estados. O DIDH, através de seus inúmeros instrumentos, não tem por objetivo substituir os ordenamentos domésticos dos países, mas sim **complementá-los**.

O DIDH, com efeito, é uma garantia adicional de proteção dos direitos humanos, uma vez que atua diante da falha ou omissão das instâncias nacionais.

No âmbito do sistema internacional *global*, as normas sobre direitos humanos são instrumentalizadas pelas numerosas declarações, tratados e convenções aprovadas pela Organização das Nações Unidas (ONU).

Paralelamente ao sistema global, foram desenvolvendo-se sistemas *regionais* (ou *continentais*) de direitos humanos, com a finalidade de internacionalizar regionalmente os direitos humanos já afirmados no âmbito global. **Atualmente, há três sistemas regionais: o europeu, o interamericano e o também o africano**. Há ainda um rudimentar sistema árabe e a proposta de um sistema asiático.

Enquanto o instrumento global contém parâmetros mínimos de proteção dos direitos humanos, incumbe aos sistemas regionais ir além, incluindo novos direitos em sua estrutura protetiva e aperfeiçoando outros direitos, levando em consideração as peculiaridades do seu recorte regional. Por isso, não há qualquer incompatibilidade na tutela do mesmo direito pelo sistema global e pelos sistemas regionais: ao contrário, a proteção simultânea de um direito pelos sistema global e regional reforça e fortalece a tutela do direito.

No âmbito do continente americano, o sistema regional é desenvolvido pela Organização dos Estados Americanos (OEA), e será objeto de estudo em tópico próprio.

2.3. MECANISMOS GLOBAIS CONVENCIONAIS E NÃO CONVENCIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

O DIDH é composto por mecanismos de natureza convencional e por mecanismos não convencionais de proteção dos direitos humanos: **a distinção básica entre eles reside no fato de que os mecanismos convencionais são formados por convenções e tratados e os mecanismos não convencionais não decorrem de tais instrumentos**.

Os mecanismos **convencionais** somente podem ser aplicados aos Estados que vierem a aderir à convenção ou ao tratado de direito internacional de direitos humanos.

capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social". Já a expressão "discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência" quer dizer "toda diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, antecedente de deficiência, consequência de deficiência anterior ou percepção de deficiência presente ou passada, que tenha o efeito ou propósito de impedir ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício por parte das pessoas portadoras de deficiência de seus direitos humanos e suas liberdades fundamentais".

A Convenção estabelece uma Comissão própria, mas o único mecanismo de monitoramento da Convenção são os **relatórios** encaminhados pelos Estados-partes à Comissão para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as pessoas portadoras de Deficiência.

4.6.6. Carta Democrática da OEA

A Carta Democrática da OEA reconhece em seu primeiro CONSIDERANDO que *"a democracia representativa é indispensável para a estabilidade, a paz e o desenvolvimento da região, e que um dos propósitos da OEA é promover e consolidar a democracia representativa, respeitado o princípio da não-intervenção".*

Foi aprovada pelos 34 países da Organização dos Estados Americanos no dia 11 de setembro de 2001, na capital do Peru. A Carta Democrática é, na verdade, um norte para aprimorar o funcionamento dos sistemas democráticos na América.

A Carta Democrática da OEA, em seu art. 3º, elenca os **"elementos essenciais da democracia representativa"**, dentre os quais encontramos o **respeito aos direitos humanos**, o **Estado de direito**, **eleições livres e periódicas através do voto universal**, **pluralidade de partidos políticos** e a **separação dos poderes públicos**.

5. QUESTÕES RELEVANTES SOBRE OS DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

5.1. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS DIREITOS HUMANOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

De acordo com a CF/88:

- a) A dignidade da pessoa humana representa um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III);
- b) A prevalência dos direitos humanos é um dos princípios que rege a República Federativa do Brasil nas relações internacionais (art. 4º, inciso II);
- c) *"O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos"* (art. 7º do ADCT). Posteriormente, a EC 45/2004 incluiu o §4º ao art. 5º da CF para informar que *"O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão"*;
- d) *"As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata"* (art. 5º, §1º);

- e) *“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”* (art. 5º, §2º);
- f) *“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”* (art. 5º, §3º);
- g) *“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”* (art. 109, §5º);
- h) *“A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal”* (art. 134, “caput”, com redação dada pela EC 80/2014).

5.2. A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 E O PROCESSO DE FORMAÇÃO DOS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS. TEORIAS MONISTA E DUALISTA. A HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Duas teorias relevantes devem ser conhecidas acerca do processo de incorporação dos tratados internacionais.

Para a **teoria monista**, o sistema normativo internacional e o sistema jurídico interno compõem uma unidade sistêmica. Com efeito, os tratados internacionais passam a vigorar no ordenamento interno de um país imediatamente, sem que haja a necessidade de um processo interno de recepção das normas internacionais (entende-se que há uma cláusula geral de recepção). **A teoria monista não é adotada no Brasil.**

A **teoria dualista** entende que o direito internacional e o direito doméstico do país constituem duas ordens jurídicas distintas, e, portanto, a norma internacional somente poderá produzir efeitos internos quando for convertida em **lei interna** (não há recepção automática do direito internacional pelo ordenamento doméstico).

Diz-se que **o Brasil adota a teoria dualista moderada**. Isso porque o ordenamento jurídico brasileiro, apesar de reconhecer a distinção entre a ordem jurídica internacional e a ordem jurídica interna, não exige que o tratado seja convertido

formalmente em lei; no Brasil, a vigência e eficácia de uma norma de direito internacional ocorre através de um *iter* procedimental complexo, que inicia-se com assinatura do tratado; uma vez assinado, segue para aprovação do Congresso Nacional, e, após ratificado pelo Poder Executivo, é promulgado e publicado através de decreto. Vejamos cada uma dessas fases procedimentais.

1º) ASSINATURA DO TRATADO: constitui um aceite (provisório e precário), sem eficácia jurídica vinculante. **A competência para “celebrar tratados, convenções e atos internacionais” é privativa do Presidente da República, sujeitos a referendo do Congresso Nacional** (art. 84, inciso VIII).

2º) APROVAÇÃO PELO PODER LEGISLATIVO: uma vez assinado o tratado pelo Poder Executivo, o próximo passo consiste na aprovação pelo Poder Legislativo. De acordo com o art. 49, inciso I, da CF/88, **é de competência exclusiva do Congresso Nacional “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”**. Segundo o art. 59, inciso VI, da CF/88, o instrumento idôneo para referendar a assinatura do tratado é o **decreto legislativo**. Uma vez referendado pelo Poder Legislativo, o Chefe do Executivo estará apto para ratificar a assinatura do instrumento internacional.

Atenção: não há prazo fixado para que o Presidente da República encaminhe ao Poder Legislativo o tratado por ele assinado. Também não há prazo para que o Congresso Nacional aprecie o tratado que foi assinado pelo Poder Executivo.

3º) RATIFICAÇÃO DO TRATADO: uma vez editado o decreto legislativo, o ato há de ser ratificado pelo Executivo. **A ratificação significa o aceite definitivo, a confirmação formal de que o Estado encontra-se obrigado aos termos do tratado no plano internacional**. Uma vez ratificado, o instrumento deve ser depositado no órgão internacional responsável pela custódia do tratado (por exemplo: ratificado um tratado da ONU, o depósito deve ser feito na própria ONU).

Atenção: a CF/88 não estabelece prazo que o Presidente da República ratifique o tratado aprovado pelo Poder Legislativo.

Atenção: após a ratificação do tratado, o tratado internacional somente adquire força jurídica vinculante no plano interno do país quando o Presidente da República, mediante decreto, promulga o texto do tratado, publicando-o em língua portuguesa em órgão da imprensa oficial.

Em regra, o tratado internacional promulgado e publicado na imprensa oficial adquire “status” de lei ordinária, podendo, por exemplo, ser alvo de controle de constitucionalidade perante o Poder Judiciário.

Com a inclusão do §3º ao art. 5º da CF/88 pela EC 45/2004, o STF passou a entender que a natureza jurídica das normas dos tratados internacionais pode variar, conforme quadro explicativo que segue:

NATUREZA JURÍDICA DO TRATADO INTERNACIONAL	HIERARQUIA NORMATIVA
Tratados tradicionais	São equiparados à lei ordinária
Tratados de direitos humanos referendados com o quórum especial previsto no art. 5º, §3º, da CF/88	<p>Têm “status” de emenda constitucional.</p> <p>Até o momento dois tratados foram incorporados com status de emenda constitucional:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. A <u>Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo</u>; 2. O <u>Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com Outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso</u>, promulgado no Brasil pelo Decreto n. 9.522/2018.
Tratados de direitos humanos que não foram aprovados com o quórum previsto no art. 5º, §3º, da CF/88	<p>Têm “status” de norma infraconstitucional, mas supralegal.</p> <p>A <u>supralegalidade</u> permite que tais tratados <u>paralisem a eficácia</u> das leis e atos normativos internos que sejam contrários aos enunciados do tratado (<u>não se trata de revogação da norma interna pela internacional</u>, mas sim de um efeito específico que paralisa a eficácia da norma interna).</p>

5.3. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Controle de convencionalidade significa a atividade de verificação da compatibilidade das normas e atos jurídicos internos em face de algum tratado internacional de direitos humanos. Um dos fundamentos do controle de convencionalidade reside no enunciado do art. 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados: “*Todo tratado obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé*”.

Vale frisar que o controle de convencionalidade não é uma atividade exclusiva dos juízes: no modelo brasileiro são possíveis, ainda, os controles legislativo e executivo. Afinal, o tratado internacional de direitos humanos com força jurídica vinculante deve ser respeitado por todas as esferas de Poder.

Diz-se que o magistrado deve efetuar um **duplo controle de validade** da norma impugnada, uma vez que há a obrigação de verificar se a norma impugnada é contrária à Constituição e também se é (in)compatível com os tratados internacionais de direitos humanos.

Pode ocorrer de uma mesma lei ou ato normativo violar a constituição e o tratado internacional de direitos humanos: nesse caso, a norma impugnada será in-

constitucional e inconvenção. No entanto, pode acontecer de a norma impugnada ser constitucional e ao mesmo tempo inconvenção (foi o que ocorreu no julgamento da ADPF 653, na qual o STF reconheceu que a Lei federal n. 6.683/79 - Lei de Anistia - é compatível com a Constituição Federal de 1988; já de acordo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a Lei n° 6.683/1979 contraria a Convenção Americana de Direitos Humanos).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos entende que o controle de convencionalidade das normas domésticas que efetua no exercício de sua função jurisdicional pode ter como parâmetro todo o corpo jurídico internacional de proteção (leia-se: a Corte Interamericana pode, por exemplo, valer-se de um tratado de direitos humanos da ONU para declarar a inconvenção da lei de algum país sujeito à sua jurisdição). Inclusive, a Corte Interamericana de Direitos Humanos não utiliza apenas os tratados internacionais de direitos humanos como paradigmas do controle de convencionalidade, valendo-se também da sua própria jurisprudência.

5.4. A FEDERALIZAÇÃO DAS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS (INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA - IDC)

A Emenda Constitucional n. 45/2004 incluiu o §5º ao art. 109 da CF/88:

§5º. 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.

A federalização permite que a União não se exponha perante a comunidade internacional como um país que viola os direitos humanos. Isso porque é o Estado Federal que possui responsabilidade internacional – mesmo que a conduta violadora tenha sido decorrente da falha ou omissão de uma de suas unidades federativas (Estados-membros); com efeito, nada mais correto que conferir à União a possibilidade de evitar ser responsabilizado e sancionado pelas instâncias internacionais. Eis a razão de ser do deslocamento da competência para a Justiça Federal.

LEGITIMIDADE PARA REQUERER O IDC	Somente o Procurador-Geral da República
ÓRGÃO QUE JULGA O IDC	STJ
MOMENTO PARA REQUERER O IDC	Qualquer fase do inquérito ou do processo

De acordo com pacífica jurisprudência do STJ, é necessário a **demonstração concreta** da falha, negligência, inércia, ausência de vontade política ou de condições reais do Estado-membro, por suas próprias instituições, em realizar a devida persecução penal.

O caso do homicídio da missionária *Dorothy Stang* foi o primeiro caso de pedido de federalização. O pedido foi julgado improcedente porque o Tribunal da Cida-