



TEORIA GERAL DOS DIREITOS HUMANOS

1. CONCEITO E EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS. CARACTERÍSTICAS.

O fundamento **ético** dos direitos humanos reside na **dignidade da pessoa humana (cuja dimensão básica é universal)**.

Os direitos humanos foram pensados para prevenir o sofrimento humano. → A dignidade é FUNDAMENTO DO BRASIL (art. 1º, III, Constituição), sendo que traz os deveres ao Estado de *proteção, promoção e garantia* dessa dignidade. Contudo, não há um conceito fixo, definido de Direitos Humanos. Isso porque os direitos humanos estão em constante transformação e reconhecimento.

Essa é a NOÇÃO DE CONSTRUÇÃO → seriam, em um primeiro momento, o “direito a ter direitos” (Hanna Arendt). Hoje em dia, se reconhece que não basta tão somente uma normatividade na matéria, mas também há de se garantir sua efetividade.

Revestido sobre o nome de direitos fundamentais, os direitos humanos encontram-se em todos os campos do Direito. Indicam como proceder em favor do homem. Os direitos fundamentais estão na história do homem como a concretização dos valores da sua identidade. Trazem consigo lições do passado para que a sociedade conviva em harmonia. Estão previstos nas constituições contemporâneas, passaram a ser mais protegidos.

A ideia de que o mundo, de alguma forma, deveria conseguir proteger os indivíduos de seus Estados dentro dos próprios Estados é a mãe do Direito Internacional dos Direitos Humanos. A definição de Direitos Humanos é muito densa: Mínimo existencial e realização individual. O conceito de dignidade humana está no caminho do mínimo existencial para a realização individual. É o parâmetro que informa o conceito de direitos humanos.

Os direitos fundamentais são cláusulas pétreas, Não podem ser abolidos, nem restringidos. O texto pode mudar, mas o direito tem que estar protegido.



* **Proibição de retrocesso** (efeito cliquet/ proibição de contrarrevolução social/ proibição de evolução reacionária)

É vedado aos Estados (ou até novos Tratados Internacionais) diminuir a proteção, de consenso profundo na sociedade, já conferida aos direitos humanos.

* **Proibição de proteção insuficiente/deficiente**

Vale para os casos de omissão. Exige o dever de tutelar, de forma adequada e suficiente, os direitos humanos.

➔ **CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS HUMANOS:**

1- Universalidade

Os direitos humanos são reconhecidos à própria pessoa e o território no qual ela se encontra. Fazendo contraponto a esta corrente, há o relativismo cultural. Segundo tal corrente, tem influência os direitos humanos da matriz cultural na qual estão inseridos.

2- Historicidade

Os direitos humanos são fruto de um processo histórico de reconhecimento e transformação. Ao longo da história, novos direitos foram reconhecidos e tiveram características que surgiram com o decorrer do tempo.

3- Imprescritibilidade

Ao contrário da maioria dos direitos, que estão sujeitos à prescrição, os direitos fundamentais não prescrevem. O próprio art. 7º entende que os créditos trabalhistas prescrevem em 5 anos, mas regra geral, são imprescritíveis. Não há prescrição aquisitiva em direitos fundamentais. O não exercício voluntário de um direito, por si só, não é motivo suficiente para que o objeto do direito seja perdido. O direito nunca será usucapido, mas o não exercício somado a outros fatos poderá ser perdido. Tenho um bem imóvel por 30 anos, mas outra pessoa tem a posse mansa e pacífica. O meu não exercício sozinho não faz com que eu perca a propriedade, mas em conjunto com a posse por outra pessoa, já enseja a perda da propriedade.



4- Inalienabilidade

Em princípio são inalienáveis, ou seja, não podendo ser alienados. Não confundir o direito com o seu exercício. Por exemplo: direito de propriedade. Alienar a propriedade é uma coisa, renunciar ao direito de propriedade é outra.

5- Irrenunciabilidade

Não podem ser abdicados. Quando renuncia, é abdicação da titularidade, o que não cabe. Importante destacar isso porque é diferente da inalienabilidade, que é a renúncia ao exercício.

6- Inviolabilidade

Há direitos de defesa para evitar que os direitos fundamentais sejam inviolados.

7- Universalidade

Há uma corrente que defende, de forma mais radical, que a Constituição que não contemplar os direitos fundamentais em seu texto, deve respeitá-los, pois se trata de uma conquista da humanidade independente da opção política ao redigir a Constituição. Trata-se de direitos supraconstitucionais. O STF não entende dessa forma, seguindo esta corrente, apesar de entender pela universalidade dos direitos constitucionais.

8- Relatividade

Podem os direitos humanos sofrer restrições. Assim, por exemplo, o direito humano à liberdade expressão não tutela a apologia ao ódio nacional e incitação à discriminação e à violência (art.13 da Convenção Americana de DH). CONTUDO, segundo a Jurisprudência Internacional sobre direitos humanos e parte da doutrina (Ex: Norberto Bobbio), os direitos a **NÃO SER TORTURADO** e não ser **ESCRAVIZADO** seriam considerados direitos ABSOLUTOS, ou seja, que não podem receber restrições (seja qual for a hipótese).



Há uma classificação de direitos humanos (oriunda de Karel Vasak) que os colocam em categorias de gerações. Os direitos humanos de Primeira Geração (por serem, historicamente, os primeiros a serem reconhecidos) seriam os direitos civis e políticos, enquanto os direitos de Segunda Geração seriam os direitos sociais, econômicos e culturais. Os de Terceira geração seriam aqueles direitos ligados à fraternidade e solidariedade (direito ao desenvolvimento, por ex.). Há ainda quem traga uma quarta geração de direitos, atinentes à democracia, pluralismo e informação. → CUIDADO: A posição de “gerações” é criticada, pois traz a ideia errada de que os direitos surgiram em momentos distintos, de forma separada e “estanque”. Por isso, há quem prefira falar em “dimensões” ao invés de geração.

Atenção! Não se reconhece uma hierarquia entre os direitos fundamentais. Se assim fosse adotaríamos uma lógica cartesiana, incompatível com a lógica jurídica, que é antropológica, sociológica. O raciocínio jurídico não é matemático, é socrático. Não há como hierarquizar, tudo dependerá do caso concreto, em que teremos colisões de interesses individuais e fundamentais. Toda vez que o STF define uma colisão de direitos fundamentais, há sempre uma certa parcialidade e flexibilidade. Há espaço para isso. Por exemplo: a ADPF 54 mudou o conceito jurídico de vida.

9- Aplicabilidade Imediata

Seja expresso ou implícito na Constituição. Não se confunde com eficácia plena. §1º do art. 5º não se refere apenas ao art. 5º, mas a todos os direitos fundamentais no ordenamento jurídico.

OBS: Relativismo Cultural

No islã, o adultério é crime sob pena de morte por apedrejamento. Envolve um debate sobre a matriz cultural no qual aquela sociedade está inserida. O Direito sofre influência da cultura de determinada sociedade. Entre nós a poligamia não é aceita, mas em outras culturas é. No Brasil, há uma influência cristã-católica apesar de o Estado ser laico. O Estado laico não é não religioso ou ateu, a cultura que é influenciada por questões religiosas não necessariamente é cristã ou judaica, ou seja o que for.



Na religião islâmica, a situação de adultério é muito além do que a mera convivência social. É considerado crime dentro desta cultura. A grande questão entre **universalismo X relativismo cultural** é que o universalismo está mais no plano do ideal do que na prática. O universalismo é uma corrente dos direitos fundamentais, pois na prática temos essas diferenças culturais.

O adultério mesmo sendo considerado crime, é razoável que a pena seja de morte? Se a pena de morte pode ser executada por apedrejamento? Considerar esse crime grave o suficiente para morte por apedrejamento parece ferir os direitos humanos internacionais. Só que a grande questão é: a mulher quando praticou o fato, sabia que a lei considerava adultério crime e a pena era de morte por apedrejamento, então ela assumiu o risco; aplique-se a lei. É uma argumentação que dá prevalência da soberania sobre os direitos humanos. Se utilizar a argumentação que os direitos humanos prevalecem sobre a soberania estatal, passa a ser obvio que, para os constitucionalistas em geral e defensores dos direitos humanos, haverá a prevalência dos direitos humanos, mas não é uma posição pacífica e é um debate longe de ser resolvido.

2. INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.

A proteção dos direitos humanos veio como uma RESPOSTA às Guerras Mundiais, momentos em que houve uma ruptura de direitos.

Em 1919 o Tratado de Versalhes institui a Organização Internacional do Trabalho (OIT), mas a 2ª Guerra Mundial foi a principal para dar respaldo normativo ao movimento protetivo de direitos humanos. Logo, o momento dos pós-guerras foi o tempo de **reconstrução** e de **reconhecimento** desses direitos, com o conseqüente advento da DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS (1948).

Portanto, o movimento de proteção aos direitos humanos surge primeiramente na esfera internacional, com a necessidade de manutenção da paz na sociedade internacional.



OBS: A proteção dos direitos humanos NÃO É SINÔNIMO de proteção diplomática, pois os direitos humanos podem ser protegidos internacionalmente, independentemente do Estado. Por isso, se fala em um **Direito Internacional dos Direitos Humanos**.

Ao seu turno, o Brasil somente adota o movimento de internacionalização dos direitos humanos em seu processo de democratização, sobretudo com o advento da Constituição de 1988. É parte de um movimento de constitucionalização desses direitos, que trouxe a necessidade de positivação e garantia desses direitos em ambiente interno, e não somente internacional.

3. FONTES DOS DIREITOS HUMANOS. HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO BRASIL

Para proteger direitos humanos não utilizamos apenas os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, apesar de essa fonte ser a mais comum. Em realidade, as fontes de direitos humanos podem ser guiadas pelo art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, segundo o qual também são fontes (além dos tratados): O COSTUME INTERNACIONAL e PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO. Além disso, no trabalho de Direitos Humanos também é importante verificar a jurisprudência e a doutrina da área.

Hierarquia Dos Tratados Internacionais De Direitos Humanos No Brasil

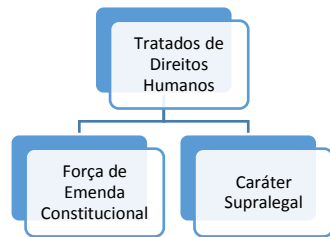
A questão da hierarquia dos tratados internacionais é essencial para saber que o tratado internacional, quando incorporado ao Brasil, passa a fazer parte de nossa legislação. Segundo o STF e a doutrina de Direito Internacional, os tratados internacionais serão incorporados pela ordem jurídica brasileira a partir da **PROMULGAÇÃO**, realizada por DECRETO EXECUTIVO do Presidente da República e sua consequente **PUBLICAÇÃO**.

CUIDADO: Quando se menciona em hierarquia de tratados, há de se diferenciar a matéria envolvida, pois há especial diferença entre a hierarquia de tratados comuns (como, por exemplo, tratado de verse sobre o comércio de bananas), dos tratados que versem sobre direitos humanos. Não há na Constituição nenhum dispositivo claro acerca da posição hierárquica dos Tratados comuns (tratados tradicionais), portanto, isso ficou a cargo da jurisprudência em afirmar que tratados comuns ingressam como leis ordinárias (federais) no Brasil.



No caso de Tratados Internacionais de Direitos Humanos

No RE 466.343/SP (caso da prisão civil do Depositário Infiel) o STF decidiu que os tratados internacionais **de direitos humanos** poderiam ter um dos **2 status possíveis**:



1- Força de **emenda constitucional (HIERARQUIA CONSTITUCIONAL)**, se assim observassem o rito do **art. 60, §2º** da Constituição – aprovação em cada Casa do Congresso, em 02 turnos, por 3/5 dos votos de seus membros. → Isso já está disposto na Constituição, por meio do **§3º do art. 5º**, cuja **redação foi dada a partir da EC 45/2004**:

Art. 5º, § 3º. 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.

LEMBRAR: IMPORTANTE: Atualmente, no Brasil, os seguintes Tratados Internacionais possuem HIERARQUIA CONSTITUCIONAL:

- Convenção Internacional sobre os Direitos das **Pessoas com Deficiência** e seu respectivo **Protocolo** Facultativo (denominado de **Convenção de Nova Iorque**).
- **Tratado de Marraqueche**, que cuida do acesso a obras publicadas às pessoas cegas, com deficiência visual. Assim sendo, tem como objetivo ampliar a quantidade de material disponível àqueles que possuem dificuldades para verificar texto impresso. Foi concluído no âmbito da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), em 2013 (mas só entrou em vigor em setembro de 2016), ratificado pelo Brasil em 2015 → **ESSE É RELEVANTE POIS É NOVO, SENDO QUE APESAR DE JÁ APROVADO PELO CONGRESSO NACIONAL COMO EMENDA, AGUARDA-A PROMULGAÇÃO E PUBLICAÇÃO DO TRATADO.**



PARA MEMORIZAR: No Brasil, todos os tratados até agora aprovados como se fossem emendas constitucionais dizem respeito às pessoas com deficiência (no caso do tratado de Marraqueche, deficiência visual).

2 - **Caráter supralegal** (ABAIXO da Constituição, mas ACIMA das demais leis). → Caso dos Tratados Internacionais de DH **ANTERIORES À EC 45/2004** (que trouxe a redação do §3º, art. 5º, CRFB), a exemplo maior da Convenção Americana de DH (Pacto de San José da Costa Rica).



OBS: Essa tese dos dois status, a que prevaleceu, foi a do professor **Gilmar Mendes**, mas houve votos contrários, como o do Ministro Celso de Mello (ele votou com base na ideia do “**bloco de constitucionalidade amplo**” – direitos humanos como pertencentes à própria Constituição, que teria elementos não apenas expressos, como também implícitos, já que protegeria os direitos humanos e fundamentais).

Ressalte-se que há, ainda, outra visão: **Teoria do Trapézio** (Flávia Piovesan). Segundo tal teoria, ao invés de ser utilizada a clássica pirâmide de Kelsen, seria utilizado um TRAPÉZIO. OS Tratados de Direitos Humanos integrariam o topo, JUNTO COM A CONSTITUIÇÃO.



De toda forma, com o RE 466.343/SP, o STF firmou posicionamento de que não é mais possível a prisão civil do depositário infiel na alienação fiduciária. Atualmente: Súmula Vinculante 25 do STF.



Súmula Vinculante 25, STF: É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito.

Cabe lembrar que os tratados internacionais (tanto comuns quanto de direitos humanos) possuem sua forma própria de revogação, que é a **Denúncia do Estado**.

4. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E OBRIGAÇÕES DOS ESTADOS.

Uma vez que os tratados internacionais de direitos humanos, quando incorporados pelo Brasil, passam a fazer parte do ordenamento jurídico interno, é preciso verificar sua interação com outras normas, já que podem se diferenciar e trazer alguns problemas. Assim, o controle de convencionalidade *“nada mais é que o processo de **compatibilização** vertical (sobretudo material) das normas domésticas com os comandos encontrados nas convenções internacionais de Direitos Humanos. (...)”* (MAZZUOLI, 2011, p. 77).

Pode ser exercido:

a) No âmbito internacional – exercido pelos Tribunais Internacionais. Vale lembrar que o sistema interamericano, do qual o Brasil faz parte, traz explicitamente, em jurisprudência já consolidada, a ideia do controle de convencionalidade.

b) No âmbito interno – exercido no âmbito do Estado (no caso, Brasil). Pode ser exercido por parte do Poder Judiciário via controle difuso ou controle concentrado. MAS CUIDADO: O controle de convencionalidade não é necessariamente um controle jurisdicional, já que deve ser exercido também pelos Poderes Executivo e Legislativo.

O que ocorre se a Constituição Brasileira for mais favorável ao indivíduo?

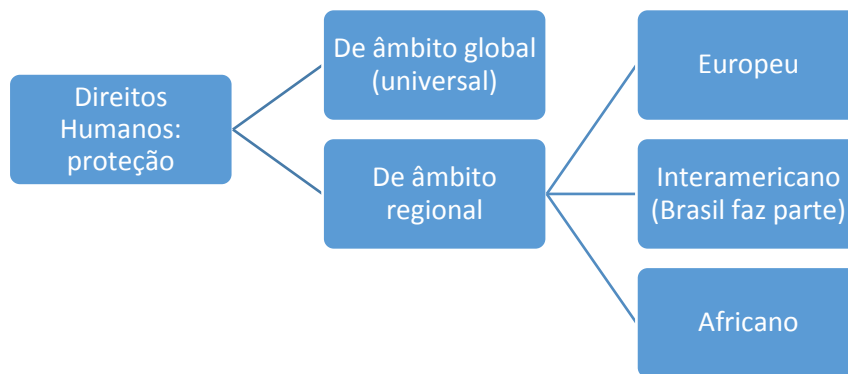
Ora, a Constituição também dispõe sobre diversos direitos fundamentais importantes, de forma exemplificativa. Apesar de no controle de convencionalidade tomar-se como parâmetro o “tratado internacional”, em termos de direitos humanos se defende o **princípio pro homine (ou pro persona)** → parâmetro mais favorável ao titular de direito humano.



A aceitação de obrigações internacionais no campo de Direitos Humanos ocasiona a **impossibilidade de o Estado alegar domínio reservado** nessa matéria. Ou seja: não cabe evocar a tese da soberania absoluta para justificar o não cumprimento dos Tratados Internacionais. Essa obrigação, do Estado com o Tratado Internacional ratificado, tem fundamento no princípio do *pacta sunt servanda*.

5. SISTEMAS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos possuem DUAS quadráticas de proteção internacional, quais sejam:



Em âmbito global o destaque se dá para Organização das Nações Unidas (ONU). Já regionalmente, de âmbito hemisférico, três são os principais sistemas, voltados para realizar um multilateralismo entre vizinhos e, assim, conferir maior proteção aos direitos humanos. Foram surgindo na seguinte ordem cronológica: (1) sistema europeu; (2) sistema interamericano; (3) sistema africano.



Questões Objetivas

1. (FGV – Exame OAB/2014) A Companhia Energética de Minas Gerais (Cemig) foi responsabilizada por fiscais do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) e pelo Ministério Público do Trabalho (MPT) pela submissão de 179 trabalhadores a condições análogas às de escravos, em Belo Horizonte. Esse fato gravíssimo comprova, na prática, violação de um princípio crucial acerca dos Direitos Humanos.

Assinale a opção que expressa esse princípio.

- a) O princípio do relativismo cultural determina que o trabalho forçado seja combatido apenas nos países onde a legislação defina tal conduta como ilícita.
- b) O princípio da razoabilidade, pois não é razoável que pessoas sejam submetidas ao trabalho na condição análoga à de escravo.
- c) O princípio do direito humanitário, pois o trabalho na condição análoga à de escravo é desumano.
- d) O princípio da indivisibilidade dos direitos humanos, pois o trabalho na condição análoga à de escravo viola a um só tempo os direitos civis e políticos e os direitos econômicos e sociais.

Gabarito: Alternativa D

Em síntese, o princípio da indivisibilidade dos direitos significa que nenhum direito humano pode ser integralmente implementado sem que os outros direitos também o sejam. Trata-se de um importante princípio de resistência contra a diminuição de importância dos direitos sociais e econômicos. Logo, tanto os direitos civis e políticos como os sociais e econômicos devem ser igualmente tutelados.

Direito Humanitário é o que vige em períodos de guerra, sendo um conjunto de normas que procura limitar os efeitos de conflitos armados. Protege as pessoas que não participam ou que deixaram de participar nas hostilidades, e restringe os meios e métodos de combate.

2. (FGV – Exame da OAB 2011) A respeito da internacionalização dos direitos humanos, assinale a alternativa correta.

- a) Já antes do fim da II Guerra Mundial ocorreu a internacionalização dos direitos humanos, com a limitação dos poderes do Estado a fim de garantir o respeito integral aos direitos fundamentais da pessoa humana.
- b) A limitação do poder, quando previsto na Constituição, garante por si só o respeito aos direitos humanos.
- c) A criação de normas de proteção internacional no âmbito dos direitos humanos possibilita a responsabilização do Estado quando as normas nacionais forem omissas.



d) A internacionalização dos direitos humanos impõe que o Estado, e não o indivíduo, seja sujeito de direitos internacional.

Gabarito: Alternativa C

Os Estados podem ser responsabilizados quando não agem prevenindo, reparando ou mesmo quando não implementam em seu ordenamento jurídico normas asseguradoras dos Direitos Humanos.

"A falta da devida diligência para prevenir ou para reprimir e reparar as violações de direitos humanos realizadas por particulares pode ensejar a responsabilidade do Estado. É o caso de omissão na prevenção ou na repressão de atos ilícitos de particular ou, ainda, no estímulo ou na edição de medidas que encorajam particulares para a violação de direitos. (...) Demais disso, as constituições modernas trouxeram para o rol de direitos fundamentais parte dos direitos relacionados à justiça social, a saber, os chamados direitos sociais, criando para os Estados responsabilidades quanto à sua implementação. A exigência perante o Judiciário da implementação desses direitos, para maior efetividade, requer mecanismos processuais específicos, as chamadas ações coletivas, e atores que demandem em nome coletivo". (Andre de Carvalho Ramos)

3. (FCC - 2018 - Câmara Legislativa do Distrito Federal - Consultor Legislativo) Uma vez estabelecidos, os Direitos Humanos não podem ser retirados do ordenamento, em razão do princípio da

- a) inter-relacionaridade.
- b) indisponibilidade.
- c) inerência.
- d) vedação do retrocesso.
- e) inesgotabilidade.

Gabarito: Alternativa D

Conforme estudamos em nossa apostila, os direitos humanos devem sempre (e cada vez mais) agregar algo de novo e melhor ao ser humano, não podendo o Estado proteger menos do que já protegia anteriormente. Ou seja, os Estados estão proibidos de retroceder em matéria de proteção dos direitos humanos. Assim, se uma norma posterior revoga ou nulifica uma norma anterior mais benéfica, essa norma posterior é inválida por violar o princípio internacional da vedação do retrocesso (igualmente conhecido como princípio da "proibição de regresso", do "não retorno" ou "efeito cliquet").



4. (FCC - 2018 - Câmara Legislativa do Distrito Federal - Consultor Legislativo) Para Flávia Piovesan, o fundamento basilar dos Direitos Humanos está

- a) no relativismo.
- b) no universalismo.
- c) na dignidade da pessoa humana.
- d) na indivisibilidade.
- e) na igualdade.

Gabarito: Alternativa C

Nesse sentido, Flávia Piovesan (2000, p. 54):

A dignidade da pessoa humana, (...) está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora “as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.

5. (FCC - 2017 - DPE-PR - Defensor Público) No plano da teoria geral, certos atributos seriam inerentes aos direitos humanos. Acerca das características principais dos direitos humanos, é correto afirmar:

- a) A irrenunciabilidade dos direitos humanos deve ser harmonizada com a autonomia da vontade, donde se conclui que a pessoa civilmente capaz pode se despojar da proteção de faceta de sua dignidade, a exemplo do famoso caso francês do “arremesso de anões”.
- b) Admite-se a relatividade dos direitos humanos, pois estes colidem entre si e podem sofrer restrições por ato estatal ou de seu próprio titular, a exemplo da vedação de associação para fins paramilitares previsto pelo poder constituinte originário.
- c) Tendo em vista que as normas de proteção aos direitos humanos não integram o chamado jus cogens, a universalidade dos direitos humanos é relativizada, prevalecendo uma forte ideia de respeito ao relativismo cultural, ainda que o Estado seja parte formal da comunidade internacional.
- d) A imprescritibilidade dos direitos humanos não alcança a pretensão à reparação econômica decorrente de sua violação. Portanto, inexistente direito à indenização por violação a direitos humanos ocorridos durante o regime militar.
- e) Em razão do caráter histórico dos direitos humanos, existe consenso doutrinário acerca de sua divisibilidade, estabelecendo-se independência entre os direitos humanos e priorização de sua exigibilidade a partir do espaço geográfico em que seu titular esteja inserido.

Gabarito: Alternativa B



- a) Incorreto, pois direitos humanos não podem ser objeto de renúncia.
- b) Correto**, pois podem ser limitados em situações excepcionais previstas nas legislações.
- c) Incorreto, *jus cogens*, em alguns aspectos, com o direito natural, integram os direitos humanos.
- d) Incorreto. É imprescritível.
- e) Incorreto, considere a indivisibilidade.