

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”  
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM  
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

**ARCHIMEDES DIAS NETO**

**OS DIREITOS HUMANOS COMO FONTE MATERIAL DOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS**

MARÍLIA  
2018

ARCHIMEDES DIAS NETO

OS DIREITOS HUMANOS COMO FONTE MATERIAL DOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da “Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Teoria do Direito e do Estado.

Orientador: Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado

MARÍLIA  
2018

DIAS NETO, Archimedes.

Os Direitos Humanos como Fonte Material dos Direitos Fundamentais / Archimedes Dias Neto; orientador: Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado. Marília, SP, 2018.

125p.

Dissertação – Programa de Mestrado em Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, 2018.

1. Direitos Humanos 2. Direitos Fundamentais. 3 Fonte Material

CDD: 341.12191



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"  
**CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM**  
**PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

Aprovado e recomendado pela CAPES em 29 de junho de 2000  
Avaliação quadrienal - Reconhecido pela Portaria MEC nº 656, publicada no D.O.U. de 27 de julho de 2017

**ATA DA DEFESA PÚBLICA DE DISSERTAÇÃO**

Mestrando: Archimedes Dias Neto

Título: "OS DIREITOS HUMANOS COMO FONTE MATERIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS".

Linha de Pesquisa: Construção do Saber Jurídico.

Em 07 de dezembro de 2018, com início às 10:00 horas, realizou-se, nas dependências do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, a Defesa Pública da Dissertação de Mestrado. A Banca Examinadora, constituída pelos Professores Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - orientador (Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM), Profª. Drª. Vivianne Rigoldi (Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM) e Prof. Dr. Tiago Cappi Janini (Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP), arguiu o candidato, tendo o examinado sido Arquivado, com nota 9,0 (NOVE). Encerradas as atividades, foi lavrada a presente ata que, posteriormente, segue assinada pelos membros da Banca Examinadora.

**Observações:**

---

---

---

**BANCA EXAMINADORA:**

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado (Orientador) \_\_\_\_\_  
(Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM)

Profª. Drª. Vivianne Rigoldi \_\_\_\_\_  
(Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM)

Prof. Dr. Tiago Cappi Janini \_\_\_\_\_  
(Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP)

Mestrando: Archimedes Dias Neto \_\_\_\_\_

Marília, 07 de dezembro de 2018.

\_\_\_\_\_  
Prof. Dr. Lafayette Pozzoli  
Coordenador do Programa de Mestrado  
UNIVEM

Dedico este trabalho,  
como importante conquista  
educacional, aos meus pais:  
**Junior e Rosângela.**

## AGRADECIMENTOS

*Agradeço a todos  
que me auxiliaram  
nessa minha etapa  
de formação, em  
especial os queridos  
professores da instituição,  
dos quais não posso  
me esquecer nominalmente,  
meu orientador,  
Professor Ednilson,  
além dos dois ocupantes  
das cadeiras de  
Direito Constitucional  
na graduação,  
Professor Ricardo, e  
Professora Viviane,  
quem me aceitaram  
como monitor, com  
imensa presteza e confiança.*

*Fora dos muros da faculdade (mas também dentro), agradeço minha namorada Mariane*

DIAS NETO, Archimedes. **Os Direitos Humanos como fonte Material dos Direitos Fundamentais**. 2018. 125f.. Dissertação – Programa de Mestrado em Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2018.

## RESUMO

O presente trabalho, dentro da área de pesquisa Construção do Saber Jurídico, tem como temática os direitos humanos, em especial a sua relação com os direitos fundamentais. Foi realizado pelo método hipotético-dedutivo, elegendo como hipótese de pesquisa o que se sustenta na questão: Os direitos humanos são fonte material para a produção dos direitos fundamentais? Com base nessa questão, foi tratada a parte histórica, tanto dos direitos humanos, quanto do direito internacional, oportunidade em que se pode notar que ambos os processos de evolução se encontram em meados do século passado, com o fenômeno da internacionalização dos direitos humanos e humanização do direito internacional. Posteriormente foi realizado um levantamento dos tratados internacionais de direitos humanos com mais importância, tanto a nível global quanto americano, e com esse material se realizou uma análise comparativa entre as normas de direito interno e de direito internacional. Com isso, foi feita uma pesquisa em todo o processo constituinte brasileiro de 1988 para identificar menções a normas de direitos humanos nas justificativas das proposições, passando para um estudo mais teórico abordando o trato judiciário da matéria e a fundamental questão do poder constituinte originário. Por fim, munido de todo o substrato teórico, pode se verificar a hipótese de pesquisa, que se mostrou verdadeira, ou seja, o presente trabalho dá condições de afirmar que os direitos humanos são fonte material para os direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos. Direitos Fundamentais. Fonte Material

DIAS NETO, Archimedes. **Human Right as a Material Source of Fundamental Rights**. 2018. 125f.. Dissertação – Programa de Mestrado em Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2018.

### **ABSTRACT**

The present work, within the research area of Construction of Legal Knowledge, has its theme focused on Human Rights, especially its relation with Fundamental Rights. It was carried out by the hypothetical-deductive method, choosing as research hypothesis what is based on the question: Are Human Rights a material source for the production of Fundamental Rights? On the basis of this question, the historical part of both Human Rights and International Law was dealt with, an opportunity to note that both processes of evolution were accomplished in the middle of the last century, with the phenomenon of internationalization of Human Rights and humanization of International Law. Subsequently, a survey of the most important international Human Rights treaties was carried out, both globally and in the american continent level, and with this material a comparative analysis was carried out between the rules of domestic law and international law. Thus, a survey was made throughout the Brazilian constitutional process of 1988 to identify mentions to the norms of Human Rights in the justifications of the propositions, passing to a more theoretical study addressing the judicial treatment of matter and the fundamental question of the originating constituent power. Finally, with all the theoretical substrate, it is possible to verify the hypothesis of research, which proved to be true, that is, the present work gives conditions to affirm that Human Rights are a material source for Fundamental Rights.

**Keywords:** Human Rights. Fundamental Rights. Material Source



## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

ONU – Organização das Nações Unidas

CIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos

OEA – Organização dos Estados Americanos

PIDCP – Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos

PIDESC – Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

DADH – Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem

DUDH – Declaração Universal de Direitos Humanos

CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>1 DELIMITAÇÃO DOS “DIREITOS HUMANOS” .....</b>	<b>13</b>
<b>1.1 Desenvolvimento histórico do Direito Internacional e dos Direitos Humanos .....</b>	<b>14</b>
1.1.1 Evolução dos Direitos Humanos na História.....	14
1.1.2 Evolução Histórica do Direito Internacional .....	22
1.1.3 Humanização do Direito Internacional e Internacionalização dos Direitos Humanos ....	26
<b>1.2 Conteúdo dos Direitos Humanos.....</b>	<b>31</b>
1.2.1 Celeuma na Conceituação dos Direitos Humanos.....	32
1.2.2 Fonte Material de Direitos .....	36
<b>1.3 Tratados Internacionais.....</b>	<b>39</b>
1.3.1 Divisão Geográfica .....	40
1.3.2 Divisão Temática.....	42
<b>2 ANÁLISE NORMATIVA DOS DIREITOS HUMANOS .....</b>	<b>47</b>
<b>2.1 Direitos Humanos de Primeira Dimensão .....</b>	<b>47</b>
2.1.1 Direito à Vida .....	48
2.1.2 Direito à Autodeterminação .....	48
2.1.3 Direito às Liberdades Públicas .....	49
2.1.4 Direito à Personalidade Jurídica .....	53
2.1.5 Direito à Igualdade .....	53
2.1.6 Direito à Privacidade .....	55
2.1.7 Direito à Nacionalidade .....	56
2.1.8 Direito à Família.....	56
2.1.9 Direito à Propriedade Privada.....	59
2.1.10 Proibição à Escravidão .....	60
2.1.11 Direitos na Persecução Penal.....	61
2.1.12 Síntese do conteúdo dos Direitos de primeira dimensão frente ao direito interno .....	67
<b>2.2 Direitos Humanos de Segunda Dimensão.....</b>	<b>68</b>
2.2.1 Direito à Educação.....	71
2.2.2 Direito à Seguridade Social .....	72
2.2.3 Direito à Cultura .....	73
2.2.4 Direito à Associação.....	75
2.2.5 Direito à Saúde .....	76
2.2.6 Direito Ao Trabalho.....	77
2.2.7 Síntese do conteúdo dos Direitos de segunda dimensão frente ao direito interno .....	79
<b>3 APLICAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E INTERAÇÃO COM OS</b>	

<b>DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>80</b>
<b>3.1 Relação Normativa entre os Direitos Humanos e os Direitos Fundamentais no Brasil .....</b>	<b>80</b>
3.1.1 Níveis de proteção das normas de Direitos Humanos e Direitos Fundamentais no Brasil: análise comparativa .....	80
3.1.2 Influência dos Direitos Humanos na construção do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 .....	84
3.1.3 A Dupla trava entre o ordenamento jurídico interno e internacional .....	88
3.1.4 Bloco de Constitucionalidade .....	89
<b>3.2 Aplicação dos Direitos Humanos pelos Tribunais .....</b>	<b>91</b>
3.2.1 O Controle de Convencionalidade.....	92
3.2.2 A Teoria do Duplo Controle .....	96
3.2.3 O caso de embate entre decisão interna e internacional: A Lei de Anistia e a Guerrilha do Araguaia.....	97
<b>3.3 Os Direitos Humanos e o poder constituinte: como esses direitos influenciam na feitura de uma nova Constituição.....</b>	<b>106</b>
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>115</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>118</b>

## INTRODUÇÃO

Atualmente, as discussões que mais puxam a atenção dos estudiosos e pesquisadores do direito são aquelas relacionadas aos direitos protetivos da pessoa humana, no mais das vezes nomeados como direitos fundamentais, ou direitos humanos.

Em um outro enfoque, o direito internacional também tem se apresentado como merecedor de uma atenção maior ao estudo do direito, muito em razão de uma onda de internacionalização dos mais diversos fatores, como o comércio, a facilitação da comunicação e o avanço da humanidade nesse sentido.

Nesse contexto, o vocábulo “Direitos Humanos” vem cada vez mais sendo entendido como norma protetiva oriunda do direito internacional. Trata-se de uma das concepções ao termo, a qual é adotada na presente pesquisa.

Portanto, com o propósito de lidar com os fenômenos atinentes aos direitos humanos, a presente pesquisa se enquadra na seara das mais importantes discussões travadas atualmente. E, frente à uma internacionalização dos direitos humanos relativamente recente (meados do século passado), o tratamento desse direito ainda é incipiente, dispondo de grande área a ser explorada.

Dessa forma, com essa temática apresentada, propõe-se a pesquisa no método hipotético-dedutivo, tendo como hipótese de pesquisa a afirmativa de as normas de direitos humanos servirem como fonte material para a produção as normas de direitos fundamentais; o que faz gerar a seguinte questão como hipótese de pesquisa:

Os direitos humanos podem ser considerados fonte material dos direitos fundamentais?

Almejando responder essa problemática, realiza-se a pesquisa fundamentada no objetivo geral de averiguar os fenômenos de interação entre essas espécies de direitos, tanto em seu viés puramente normativo, quanto de aplicabilidade pelos tribunais, e ainda, no campo teórico; alimentando-se, portanto, de um conteúdo geral, a fim de que se possibilite chegar à assertivas universais, que possam ser aplicadas como verdadeiras em casos específicos, dando efetividade, então, ao caráter dedutivo.

A pesquisa está dentro da área da Construção do Saber Jurídico, e foi realizada em três capítulos. De início, optou-se por um tratamento em paralelo da evolução dos direitos humanos e do direito internacional, desde logo identificando um ponto de convergência na evolução de ambos, desaguando em dois fenômenos concorrentes: a humanização do direito internacional e a internacionalização dos direitos humanos. Ainda, trabalha-se o delineamento do que vem a

ser “fonte material”, e introduz o segundo capítulo com a apresentação dos tratados internacionais, em sua divisão geográfica e temática.

No segundo capítulo, mediante um levantamento prévio, foi realizada a análise normativa de direitos humanos com correspondência nos direitos fundamentais. Isso foi feito de maneira densa, proporcionando um comparativo de cada direito em espécie, da Constituição Federal com o sistema universal de proteção, e o sistema americano de proteção. O objetivo deste capítulo é de oferecer um conteúdo da interação das normas da maneira que elas são atualmente, ou seja, um estudo normativo do que está em vigência, e qual a interação dessas normas.

No terceiro capítulo, de início, ofereceu-se um tratamento mais didático sobre as relações entre as normas analisadas no capítulo anterior, e foi trabalhado com a Constituinte de 1988, extraíndo as manifestações dos constituintes que se utilizaram expressamente de norma de direitos humanos para fundamentar suas proposições à nova constituição. E por fim, foi trabalhada a questão teórica que circunda o Poder Constituinte.

## 1 DELIMITAÇÃO DOS “DIREITOS HUMANOS”

Este capítulo visa tratar da delimitação temática, com a apresentação do desenvolvimento histórico dos direitos humanos, a elucidação conceitual, a apresentação e delineamento técnico dos institutos referentes à hipótese de pesquisa, bem como a delimitação do conteúdo normativo a ser analisado.

Esse tratamento é necessário uma vez que ao se trabalhar com “Direitos Humanos” tem que se ter em conta os múltiplos sentidos que se possa dar a esse termo. Portanto, busca-se eliminar confusões conceituais e propiciar uma base teórica para o melhor tratamento do tema.

Portanto, faz-se um capítulo introdutório para fornecer o conhecimento da evolução histórica dos direitos, que é um conteúdo essencial para entender e se situar perante os tratados de direito internacional que serão trabalhados. Da mesma forma, opta-se por explanar o que são as “fontes materiais”, e fornecer as divisões temática e geográfica dos direitos humanos, formando base para posterior análise normativa desses direitos, em comparação aos direitos contidos no ordenamento interno.

Esclarece-se, de antemão, que dentre as concepções dadas ao termo “Direitos Humanos”, adotar-se-á aqui a concepção segundo a qual direitos humanos dizem respeito às normas de direito internacional que cuidam da proteção essencial da pessoa humana<sup>1</sup>.

Restringe-se, então, a concepção de direitos humanos para tão somente as normas positivadas, e positivadas no campo internacional, a título de delimitar a pesquisa. No decorrer do trabalho, acabaremos por nos deparar com outras concepções de direitos humanos, sobretudo a concepção jusnaturalista, que não será excluída, porém, para a investigação proposta, e para a consideração do objeto de pesquisa, frisa-se que serão considerados os direitos oriundos de tratados internacionais.

Propõe-se, assim, inicialmente um subitem tratando do desenvolvimento histórico do direito internacional e dos direitos humanos (1.1), demonstrando o paralelo entre esses até desaguar na internacionalização dos direitos humanos e a atual concepção desses direitos atualmente, inclusive com a criação da ONU.

Seguindo, tratar-se-á do conteúdo dos direitos humanos (1.2), encerrando este capítulo com a apresentação dos tratados internacionais (1.3), mais precisamente da sistemática de proteção, e da separação temática, apresentando o conteúdo normativo que será analisado no

---

<sup>1</sup> Referida opção será melhor explicitada quando apresentadas as relações terminológicas entre direitos fundamentais e direitos humanos.

capítulo seguinte.

## **1.1 Desenvolvimento histórico do Direito Internacional e dos Direitos Humanos**

Conforme mencionado, este trabalho irá lidar com as normas de direitos humanos oriunda de tratados internacionais, promovendo uma análise normativa e a sua relação com o direito interno, mais precisamente com as normas de direitos fundamentais constantes na Constituição Federal, averiguando fenômenos de causa e consequência de uma esfera normativa sobre a outra (interna e internacional).

Portanto, é de fundamental importância para o tema o entendimento do desenvolvimento histórico, de um lado, das normas de direitos humanos, e de outro lado, do ramo do direito no qual se enquadram as normas a que este trabalho dará enfoque, o direito internacional. Assim, será dedicado uma seção ao desenvolvimento dos direitos humanos (1.1.1), e outra seção ao desenvolvimento do direito internacional (1.1.2).

Ao se tratar de direitos humanos, há que se fazer uma importante nota: o seu desenvolvimento histórico deu-se mais precisamente com documentos que não tratados internacionais, ou seja, os direitos humanos que atualmente constam em tratados e normas internacionais têm sua origem histórica em documentos políticos e de direito interno<sup>2</sup>.

A história e desenvolvimento, então, desses dois institutos (direitos humanos e direito internacional) entrelaçam-se em um momento histórico em que há a internacionalização dos direitos essenciais da pessoa humana, a partir de onde há a possibilidade de se efetuar a diferenciação terminológica (entre direitos humanos e direitos fundamentais), que será melhor tratada adiante<sup>3</sup>.

Esse marco de desenvolvimento institucional, da internacionalização dos direitos humanos, deu-se em um momento delicado da história da humanidade, após uma guerra mundial, momento em que a comunidade internacional se moveu em busca de alternativas e soluções para a garantia e estabilidade da proteção da pessoa humana. Nesse contexto, marcando a internacionalização, fora criada a Organização das Nações Unidas, que será tratada junto da internacionalização, no item 1.1.3.

### **1.1.1 Evolução dos Direitos Humanos na História**

---

<sup>2</sup> Uma vez que surgidos em uma época em que o direito internacional ou ainda não existia enquanto ramo autônomo, ou a sua importância era reduzida no aspecto de proteção a direitos essenciais da pessoa humana.

<sup>3</sup> Mais precisamente no item 1.2.1.2

A existência de direitos essenciais de proteção da pessoa humana antecede a atual concepção de direitos humanos. Conforme se verá, atualmente os direitos humanos são aqueles direitos essenciais que constam de tratados internacionais, ao passo em que, antigamente, não cabia aos tratados internacionais regularem essa temática.

Portanto, o estudo do desenvolvimento dos direitos humanos deve anteceder ao seu surgimento enquanto norma de direito internacional, fazendo com que seja necessária uma análise dos documentos protetivos em geral, que constaram ou não de normas internacionais, mas que marcaram a sua importância na evolução do direito em geral.

Ao entrar nesta temática é inevitável visitar a obra de Fábio Konder Comparato, *A Afirmação histórica dos direitos humanos*, que traz um delineamento do desenvolvimento do direito, ou, em suas palavras, busca “[...] mostrar como se foram criando e estendendo progressivamente, a todos os povos da Terra, as instituições jurídicas de defesa da dignidade humana contra a violência, o aviltamento, a exploração e a miséria.” (COMPARATO, 2008, p. 1)

A evolução dos direitos humanos é representada por um processo de criação de documentos protetivos ao redor do mundo, e com um nítido caráter de avanço e de incorporação de conquistas, ou ainda, conforme Fernandes “Os direitos humanos são marcados por conquistas que vão se agregando e dando novos caminhos à história da humanidade” (FERNANDES, 2004, p. 34), ou ainda, conforme Levorato:

Os direitos humanos como existem hoje não são somente provenientes de lutas sócio-políticas que serviram para o estabelecimento de medidas protetoras aos seres humanos contra os mais diversos tipos de opressão, exploração, torturas etc, mas também fruto de uma grande evolução baseada na história de cada sociedade politicamente organizada, que teve a necessidade de regulamentar seus direitos a fim de preservar-se efetivamente (LEVORATO, 2003, pp. 72-73).

Portanto, além dos documentos normativos de grande conhecimento e de grande realce no estudo da própria história da humanidade, como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789; também outros documentos tiveram importância nessa linha de avanço normativo na proteção dos direitos humanos (FERNANDES, 2004, p. 34).

E nessa toada, conforme Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 41) é “[...] na Inglaterra da Idade Média, mais especificamente no século XIII que encontramos o principal documento referido por todos que se dedicam ao estudo da evolução dos direitos humanos”, a Magna Carta,



que data de 1215, e que:

[...] foi a declaração solene que o rei João da Inglaterra, também conhecido como João Sem-Terra, assinou, em 15 de junho de 1215, perante o alto clero e os barões do reino. Embora o texto tenha sido redigido sem divisões nem parágrafos, ele é comumente apresentado como composto de um preâmbulo e de sessenta e três cláusulas (COMPARATO, 2008, p. 71).

Trata-se, portanto, de documento produzido há mais de oitocentos anos, sendo um marco inegável na regulação do poder e dos limites do poder arbitrário, trouxe dispositivos que “[...] contêm, em sua essência, o princípio básico de que o exercício do poder tributário deve ser consentido pelos súditos [...]” (COMPARATO, 2008, p. 81), que se expressa como uma proibição ao poder estatal de criar tributos ao seu livre arbítrio, estando tal atitude submetida ao consentimento<sup>4</sup> da população. Sarlet (2015, p. 41) afirma, ainda, que

[...] inobstante tenha apenas servido para garantir aos nobres ingleses alguns privilégios feudais, alijando, em princípio a população do acesso aos “direitos” consagrados no pacto, serviu como ponto de referência para alguns direitos e liberdades civis clássicos, tais como o *habeas corpus*, o devido processo legal e a garantia da propriedade (SARLET, 2015, p. 41).

O limite estatal extraído dessas limitações de poder, apresentadas como uma proibição de atuação do governante dentro de determinados parâmetros, está ainda presente nas sociedades atuais, como no Brasil, onde se perpetua a cláusula contida no art. 150, inciso I da Constituição Federal (BRASIL, 1988), proibindo a exigência ou majoração de tributo sem lei, ou seja, sem a participação do povo mediante seus representantes (parlamento).

Este documento foi confeccionado almejando não somente objetivos nobres, mas sim interesses de certos estratos sociais. Nesse sentido, Sarlet (2015, p. 41):

[...] há que se descartar o caráter de autênticos direitos fundamentais desses “direitos” e privilégios reconhecidos na época medieval, uma vez que outorgados pela autoridade real num contexto social e econômico marcado pela desigualdade, cuidando-se mais, propriamente, de direitos de cunho estamental, atribuídos a certas castas nas quais se estratificava a sociedade medieval, aliando grande parcela da população de seu gozo.

Tal fato faz com que a Carta de 1215 tenha a sua importância focada mais em sua

---

<sup>4</sup> O procedimento pelo qual o consentimento seria dado é objeto de estudo pelas ciências políticas, sendo destacado pelo autor que estaria em referido princípio a “[...] origem do moderno sistema parlamentar de governo” (COMPARATO, 2008, p. 81).

experiência normativa (com a garantia de direitos) do que em sua existência em si, uma vez que sua confecção e os seus objetivos não eram destinados à toda população, ou ainda, a todo ser humano, o que faria configurar como um legítimo Direito Fundamental.

Por essa razão há a ressalva feita por Sarlet, e seguida por Souza Neto e Sarmento (2015, p. 72), ao afirmarem que: “A esses pactos faltava, contudo, a universalidade que caracterizava as constituições modernas, uma vez que eles não reconheciam direitos extensivos a todos os cidadãos, mas apenas liberdades e franquias que beneficiavam os estamentos privilegiados”.

Em um momento histórico posterior, na Inglaterra do Século XVII, “a concepção contratualista da sociedade e a ideia de direitos naturais do homem adquiriram particular relevância” (SARLET, 2015, p. 39), o que extrapolou o campo teórico, fazendo constar nas diversas Cartas de Direitos assinadas pelos monarcas desse período (SARLET, 2015, p. 39).

Nesse sentido, destacam-se as normas protetivas surgidas na Inglaterra no século XVII, “nomeadamente, a *Petition of Rights*, de 1628, firmada por Carlos I, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, subscritos por Carlos II, e o *Bill of Rights*, de 1680 [...]” (SARLET, 2015, p. 42). Essas normas possuem grande importância histórica no desenvolvimento dos direitos humanos em geral, além de constituírem os primórdios do constitucionalismo britânico (TAVARES, 2015, p. 25).

A Lei de Habeas-Corpus, também conhecida como *habeas corpus act*, trouxe uma evolução na proteção à liberdade da pessoa, inovando na precisão de regras processuais para *garantir* a liberdade pessoal. Salienta-se que a inovação do *habeas corpus act* não estava na criação do “habeas-corpus”, que já existia há época na Inglaterra (COMPARATO, 2008, p. 88), mas sim na previsão de normas processuais para o assegurar.

Tal documento denotou, também, em matéria de direitos humanos, “[...] esse diferente método de criação do direito [...]. Os ingleses, mais pragmáticos, consideram que o progresso na proteção jurídica da pessoa humana provém mais das garantias, sobretudo judiciais, do que das simples declarações de direitos” (COMPARATO, 2008, p. 89) ao passo em que os franceses acreditam que “as declarações de direitos têm sempre grande força político-pedagógica, como forma de mudança de mentalidades” (COMPARATO, 2008, p. 89).

Vinte anos depois, em 1689, fora editado o *Bill of Rights*, que em suma veio a solidificar o sentido teórico do parlamento, que deveria servir a “defender os súditos perante o Rei e cujo funcionamento não pode, pois, ficar sujeito ao arbítrio deste” (COMPARATO, 2008, p. 96), e que assim como os outros documentos de direitos humanos, formam uma corrente de evolução do direito e das instituições, constituindo a base de todos os direitos fundamentais da

contemporaneidade.

O constitucionalismo britânico, portanto, significou muito para a evolução dos direitos fundamentais em geral, e esses documentos, ainda que produzidos em época muito distante, têm a sua normatividade até os dias atuais na Inglaterra, sendo que, conforme Souza Neto e Sarmento (2014, p. 75):

Uma ideia central do constitucionalismo inglês é a de respeito às tradições constitucionais. Apesar da existência de diversos documentos constitucionais escritos, não há um texto único que os consolide e organize. Inexiste, portanto, uma Constituição escrita na Grã-Bretanha. Entende-se que a autoridade do Direito Constitucional não provém apenas dos referidos textos esparsos, mas também de convenções constitucionais e de princípios da *commom law*, desenvolvidos pelos tribunais.

A Inglaterra rege-se, então, por normas (escritas ou não) com grande carga de tradição e história, caracterizando-se por ser um povo que não tem muita aptidão a grandes revoluções e mudanças abruptas, sendo que os autores, inclusive, mencionam que “o constitucionalismo britânico é historicista, já que baseia a Constituição e os direitos fundamentais nas tradições históricas do povo inglês [...]” (SOUZA NETO E SARMENTO, 2014, p. 75).

Sarlet traz, contudo, uma importante ressalva sobre marco normativo calcado em documentos ingleses de proteção, afirmando que:

Em que pese a sua importância para a evolução no âmbito da afirmação dos direitos, inclusive como fonte de inspiração para outras declarações, esta positivação de direitos e liberdades civis na Inglaterra, apesar de conduzir a limitações do poder real em favor da liberdade individual, não pode, ainda, ser considerada como o marco inicial, isto é, como o nascimento dos direitos fundamentais no sentido que hoje se atribui ao termo (SARLET, 2015, p. 43).

Portanto, a atual concepção de direitos fundamentais foge ao que se tinha naquela época, uma vez que, inclusive, tais declarações de direitos estava nas mãos do monarca, possibilitando a situação em que “podiam ser nova e arbitrariamente subtraídas pela autoridade monárquica” (SARLET, 2015, p. 42).

Já no final do século XVIII, há outro marco normativo com grande relevância para o desenvolvimento dos direitos humanos, constituído basicamente por três declarações, duas delas norte-americanas: a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, e a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, ambas de 1776; e por fim, na França, a Declaração de Direitos Homem e do Cidadão, de 1789. Para Sarlet:

As declarações americanas incorporaram virtualmente os direitos e liberdades já reconhecidos pelas suas antecessoras inglesas do século XVII, direitos estes que também tinham sido reconhecidos aos súditos das colônias americanas, com a nota distintiva de que, a despeito de virtual identidade de conteúdo, guardaram as características da universalidade e supremacia dos direitos naturais, sendo-lhes reconhecida eficácia inclusive em relação à representação popular, vinculando, assim, todos os poderes públicos (SARLET, 2015, p. 43).

Essas normas marcam, portanto, outro episódio histórico em que são criadas novas normas utilizando como base normas já antigas, no caso os documentos ingleses, resultando em “cartas fundamentais de emancipação do indivíduo perante os grupos sociais aos quais ele sempre se submeteu” (COMPARATO, 2008, p. 111).

Além de evoluir e fazer com que pela primeira vez os direitos naturais do homem fossem acolhidos e positivados enquanto direitos fundamentais constitucionais,

[...] ainda que este status constitucional da fundamentalidade em sentido formal tenha sido definitivamente consagrado somente a partir da incorporação de uma declaração de direitos à Constituição de 1791, mais exatamente, a partir do momento em que foi afirmada na prática da Suprema Corte a sua supremacia normativa (SARLET, 2015, p. 43).

Por sua vez, a declaração de independência das antigas treze colônias britânicas da América do Norte representou ato inaugural da democracia moderna (COMPARATO, 2008, p. 99), com a característica mais notável residindo “[...] no fato de ser ela o primeiro documento a afirmar os princípios democráticos, na história da política moderna”. (COMPARATO, 2008, p. 106).

Precedeu, portanto, à Constituição Americana, que conforme Souza Neto e Sarmento (2014, p. 78):

Ela substituiu os Artigos da Confederação, de 1781, criando um novo modelo de organização político, que é o Estado Federal. Inovou também ao instituir o presidencialismo e o sistema de freios e contrapesos, associado à separação de poderes. Trata-se de um texto constitucional extremamente sintético, composto originariamente de apenas 7 artigos que, ao longo dos seus mais de 220 anos de vigência, sofreu 27 emendas.

Na criação da Constituição Americana há um grande avanço no arranjo institucional do Estado, com institutos estatais que são até hoje adotados por diversos países, como o presidencialismo, o sistema de *check and balances*, unidos à separação de poderes. Nesse

primeiro momento, portanto, a maior importância da Constituição residiu em seu avanço enquanto organização do Estado, uma vez que a Constituição originariamente não possuía uma declaração solene de Direitos (TAVARES, 2015, pp. 338). Em seguida:

Foram as dez primeiras emendas que, em 1791, acrescentaram o *Bill of Rights* àquele documento solene. A influência dos precedentes ingleses é invariavelmente reconhecida pelos autores, mas se deve acrescentar a experiência norte-americana como singular na formatação e substância desses direitos (TAVARES, 2015, p. 338).

De maneira complementar, portanto, dez emendas levaram à Constituição o conteúdo referente à proteção de direitos essenciais da pessoa, ou seja, os direitos fundamentais, tratados pelo autor como *bill of rights*. E, da mesma maneira que as declarações americanas, a Constituição também fora munida com conteúdo dos ingleses.

Adiante ocorreu a revolução francesa, que nas palavras de Norberto Bobbio (2004, p. 79):

Os testemunhos da época e os historiadores estão de acordo em considerar que esse ato representou um daqueles momentos decisivos, pelo menos simbolicamente, que assinalam o fim de uma época e o início de outra, e, portanto, indicam uma virada na história no gênero humano (BOBBIO, 2004, p. 79).

Trata-se, assim, de evento com importância para a história de toda a humanidade, e não apenas para o estudo do direito, e como marco desta revolução, foi criada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, também com “transcendental importância”, nas palavras de Sarlet, e nascida como “fruto da revolução que provocou a derrocada do regime e a instauração da ordem burguesa na França” (SARLET, 2015, p. 44). Bobbio cuida de pormenorizar o conteúdo da declaração, afirmando que:

O NÚCLEO DOUTRINÁRIO DA DECLARAÇÃO está contido nos três artigos iniciais: o primeiro refere-se à condição natural dos indivíduos que precede a formação da sociedade civil: o segundo, à finalidade da sociedade política, que vem depois (se não cronologicamente, pelo menos axiologicamente) do estado de natureza; o terceiro, ao princípio de legitimidade do poder que cabe à nação (BOBBIO, 2004, p. 87).

Portanto, há uma estruturação e um avanço no reconhecimento de direitos de liberdade, sendo que “[...] desencadeou, em curto espaço de tempo, a supressão das desigualdades entre indivíduos e grupos sociais [...]” (COMPARATO, 2008, p. 136), representando,

[...] por assim dizer, o atestado de óbito do Ancien Régime, constituído pela monarquia absoluta e pelos privilégios feudais, e neste sentido, volta-se claramente para o passado. Mas o caráter abstrato e geral das fórmulas empregadas, algumas delas lapidares, tornou a Declaração de 1789, daí em diante, uma espécie de carta geográfica fundamental para a navegação política nos mares do futuro, uma referência indispensável a todo projeto de constitucionalização dos povos (COMPARATO, 2008, p. 151).

Os acontecimentos de 1789 foram, então, de enorme importância para a construção dos direitos, de maneira que, Fernandes chega a mencionar que “[...] uma mudança considerável se deu no vocábulo “revolução” com os acontecimentos de 1789, visto que, até então, o termo era utilizado no sentido de um retorno às origens” (FERNANDES, 2004, p. 34), e com a Revolução Francesa, “[...] o significado passa a ser totalmente diferente, e, portanto, não mais de simples “restauração”, sim, “renovação”” (FERNANDES, 2004, p. 34).

A partir de então, conseqüentemente, as constituições internas posteriores utilizaram-se de referências da Declaração de 1789, evoluindo na constituição de outros documentos/normas, como a Constituição Francesa de 1848, a Convenção de Genebra de 1864, a Constituição Mexicana de 1917, a Alemã de 1919, desaguando na Carta de criação da Organização das Nações Unidas e na internacionalização (como temos atualmente) dos direitos humanos. Nesse sentido, segundo Barroso:

Desde o surgimento do Estado liberal, na segunda metade do século XVIII, o mundo viveu algumas ondas de constitucionalização com a elaboração de constituições por diferentes Estados, dentro de determinado período e circunstâncias históricas (BARROSO, 2011, pp.120-121).

Portanto, esse momento histórico serviu como base para um desenvolvimento do próprio direito constitucional e para a feitura de diversas outras constituições, que em geral utilizaram-se do sustentáculo teórico e normativo dos documentos de direitos humanos, ao disporem e criarem suas respectivas normas protetivas.

Luis Roberto Barroso, dentro disso, identifica sete ciclos de constitucionalização, três deles ocorridos antes da Segunda Guerra Mundial<sup>5</sup>:

1) Entre 1780 e 1791, inúmeros Estados situados no continente americano, inclusive os Estados Unidos da América, assim como a Polônia e a França elaboraram constituições escritas; 2) em 1848, um conjunto de revoluções ocorridas na Europa produziu constituições em mais de cinquenta países,

<sup>5</sup> Nesse ponto, Luis Roberto Barroso (2011), utiliza-se de divisão apresentada por Jon Elster.

levando em conta, para esse fim, os inúmeros pequenos Estados que viriam a constituir a Itália e a Alemanha; 3) após a Primeira Guerra Mundial, foram criados ou recriados Estados como a Polônia e a Tchecoslováquia, e na Alemanha entrou em vigor a Constituição de Weimar [...] (BARROSO, 2011, p. 121).

Esses séculos marcaram, portanto, um importante desenvolvimento das normas protetivas de direitos humanos, criando um arcabouço normativo e teórico para que se realizasse uma grande constitucionalização nas nações, fortalecendo o aparato protetivo interno dos estados.

Ao mesmo tempo, em meados do século passado, diante de grandes acontecimentos, as normas de proteção básica da pessoa humana (direitos fundamentais em seu sentido amplo) evoluíram em direção ao seu tratamento por meio de normas internacionais, utilizando-se de grande aparato de conhecimento histórico de documentos de tempos remotos para transmutar a sua fonte normativa de declarações de direito interno para os tratados internacionais.

O direito internacional, portanto, passou a figurar como palco de realização de direitos humanos, e nesse sentido faz-se necessária também a análise histórica desse ramo do direito para propiciar um aprofundamento no tema, e elucidar o fenômeno em específico da internacionalização.

A evolução dos direitos protetivos, então, realizou-se em paralelo com a evolução do direito internacional, ambas resultando na internacionalização dos direitos humanos, fazendo com que nascessem os direitos humanos em suas características atuais na comunidade internacional. Portanto, propõe-se o próximo item (1.1.2) para o tratamento da evolução e desenvolvimento histórico do direito internacional, e posteriormente o item 1.1.3 para o fenômeno da internacionalização dos direitos humanos, enquanto fenômeno decorrente de ambas vertentes.

### 1.1.2 Evolução Histórica do Direito Internacional

A evolução histórica do direito internacional é percebida não somente por meio de normas criadas na história da humanidade, mas também por um campo teórico e intelectual que fundamentou e propiciou a ação de firmar tratados entre nações soberanas. Dessa forma, os autores que tratam da história dão grande relevo a nomes que tiveram importância nesse desenvolvimento, trabalhando com a existência desses em paralelo com o surgimento de documentos que se fizeram relevantes no decorrer do tempo.

Nesse sentido é que, utilizando-se de divisão elaborada por Accioly, Silva e Casella

(2014), temos que o desenvolvimento histórico do direito internacional pode ser dividido em quatro etapas<sup>6</sup>: i) antes dos tratados de Vestfália (1648); ii) de Vestfália (1648) a Viena (1815); iii) de Viena (1815) a Versalhes (1919); e iv) de Versalhes (1919) até o momento presente.

Antes da *Paz de Vestfália*, o direito internacional recebeu grandes contribuições, com autores como Francisco de Vitória, para quem “o direito das gentes<sup>7</sup> não tem somente força de pacto ou de convenção entre os homens, mas possui, igualmente, força de lei (1528, p.1-44 apud ACCIOLY, SILVA e CASELLA, 2014, p. 68). Trata-se de uma construção teórica incipiente, em uma realidade em que as tratativas entre os estados teriam unicamente força política e diplomática, como a simples assunção de compromissos entre representantes.

Buscava-se, assim, uma afirmação de que esses compromissos tivessem força normativa, o que no decorrer da história passou a ser entendimento pacífico, com o atual arranjo institucional desse ramo do direito. Vitória também fora lembrado por Sarlet, para quem:

Cumpre referir, neste contexto, os teólogos espanhóis do século XVI (Vitória y las Casas, Vázquez de Menchaca, Francisco Suárez e Gabriel Vázquez), que pugnaram pelo reconhecimento de direitos naturais aos indivíduos, deduzidos do direito natural e tidos como expressão da liberdade e dignidade da pessoa humana [...] (SARLET, 2015, p. 39).

Esses teólogos podem ser considerados como primordiais e como responsáveis por um início teórico da normatividade do direito internacional. Percebe-se, ainda, que suas ideias também continham teor de proteção das pessoas, uma vez que pugnam pelo reconhecimento dos direitos naturais aos indivíduos,

[...] além de servirem de inspiração ao humanismo racionalista de H. Grócio, que divulgou seu apelo à razão como fundamento último do Direito e, neste contexto, afirmou a sua validade universal, visto que comum a todos seres humanos, independentemente de suas crenças religiosas (SARLET, 2015, p. 39).

Essa construção teórica, portanto, seguiu até desaguar em Grócio. Contudo, outros nomes também tiveram grande relevância na construção teórica do direito internacional, nessa época, somando-se autores como Alberico Gentili (1552-1608), e Richard Zouch (1590-1660) (ACCIOLY, SILVA e CASELLA, 2014).

<sup>6</sup> Divisão metodológica feita por Accioly, Silva e Casella (2014), quem também enumerou os pensadores mais relevantes da matéria, enumeração que será aqui utilizada.

<sup>7</sup> Expressão utilizada por muitos autores (ACCIOLY, SILVA e CASELLA, 2014, p. 31), em uma época em que a expressão “Direito Internacional” como divisão temática do direito ainda não era consagrada.



Hugo Grócio, por sua vez, é, em termos históricos, um dos maiores expoentes da matéria, sendo que “[...] inegavelmente, direito internacional divide-se em *antes e depois* de Hugo GRÓCIO” (ACCIOLY, SILVA e CASELLA, 2014, p. 81), e serviu como grande fonte na elaboração dos tratados que constituíram o marco histórico antes mencionado: a Paz de Vestfália.

Ainda que se possa falar da existência do direito internacional na mais remota Antiguidade, frequentemente fala-se em direito internacional a partir da Idade Moderna, em especial a partir dos tratados de Munster e Osnabruck, que configuram a Paz de Vestfália (1648) (ACCIOLY, SILVA e CASELLA, 2014, p. 39).

Referidos tratados “[...] acolheram muitos dos ensinamentos de Hugo GRÓCIO, surgindo daí o direito internacional tal como o conhecemos hoje em dia” (ACCIOLY, SILVA e CASELLA, 2014, p. 83), demonstrando, assim, a importância de Grócio para o direito internacional<sup>8</sup>, sendo considerado um dos maiores pensadores da matéria, tido como pai da matéria (MAZZUOLI, 2011, p. 53) levando em consideração, sobretudo, ter sido um dos pioneiros no estudo dessa temática.

Mais uma vez se entrelaçando com o desenvolvimento das normas protetivas da pessoa humana, a Paz de Vestfália também é considerada de “[...] suma importância para a evolução que conduziu ao nascimento dos direitos fundamentais” (SARLET, 2015, p. 42), ao lado da Reforma Protestante e os documentos firmado quando da Paz de Ausburgo, em 1555 (SARLET, 2015, p. 42). De outro lado, ainda pode se extrair que:

A partir da Guerra dos Trinta Anos, causada pela ambições políticas dos príncipes europeus, travada em nome da intolerância religiosa, põe-se o marco de surgimento do direito internacional como ramo autônomo do direito: **os tratados de Munster e de Osnabruck**, compondo o assim chamado sistema de Vestfália (1648), marcam o início de uma nova era na história política da Europa e na regulação desta pelo direito internacional. (ACCIOLY, SILVA e CASELLA, 2014, p.83, grifos do autor)

Assim, o fim da guerra que durou trinta anos (1618-1648) foi marcado pela realização de tais tratados, fazendo surgir um novo período para o direito internacional. A paz fora negociada durante três anos em Munster e em Osnabruck, com tratados concluídos nestas duas cidades, que foram depois reunidos no Ato Geral de Vestfália, em Munster, em 24/10/1648 (MELLO, 2002, p. 163).

A importância desses tratados dá-se, sobretudo, por, “[...] pela primeira vez, se ter

---

<sup>8</sup> Em sua época não era utilizado esse termo: “direito internacional”, conforme já observado.

reconhecido, no plano internacional, o princípio da igualdade formal dos Estados” (MAZZUOLI, 2011, p. 53), diferindo-se do que se tinha antes, “[...] apenas um Direito que se aplicava às relações entre cidades vizinhas, de língua comum, da mesma raça e com a mesma religião [...]” (MAZZUOLI, 2011, p. 52).

Em um momento seguinte, no espaço temporal de Vestfália<sup>9</sup> (1648) a Viena (1815) grandes doutrinadores se destacaram, como Samuel Puendorf (1632-1694), Cornelius Van Bynkershoek (1673-1743), Christian Wolff (1679-1754), Emer de Vattel (1714-1767), J.J. Burlamaqui (1694-1748), e Georg-Friedrich Von Martens (1756-1821), que auxiliaram no desenvolvimento do direito internacional propondo discussões sobre a sua fundamentação, e a relação entre o direito natural e o direito voluntário (ACCIOLY, SILVA e CASELLA (2014, p. 83-99). Segundo os autores:

No fim do século XVIII, a Revolução Francesa [...] exerce influência sobre os espíritos, que se propagou por toda a Europa, e mesmo além desta. As guerras e as conquistas da França revolucionária [...] destruíram o sistema criado pelos tratados de Vestfália, e foram pouco propícias ao desenvolvimento do direito internacional, até o Congresso de Viena encetar nova temática de regulação internacional (ACCIOLY, SILVA e CASELLA (2014, p. 100).

O Congresso de Viena teve, portanto, grande importância também para o desenvolvimento da política internacional, em termos históricos, e essa “nova temática de regulação internacional” pode ser exemplificada pelo o que diz Paulo Roberto de Almeida, em publicação pela Revista Brasileira de Política Internacional, afirmando que:

[...] no Congresso de Viena, em 1815, estiveram representadas oito nações "cristãs": Grã-Bretanha, Prússia, Rússia, Áustria, França, Espanha, Suécia e Portugal, este apenas em virtude de sua relação privilegiada com a Grã-Bretanha e basicamente no contexto de seu envolvimento, embora involuntário e marginal, com o grande drama napoleônico que agitou a Europa na seqüência da Revolução francesa. As relações de força e de poder desenhadas naquela primeira grande conferência diplomática da época contemporânea continuaram a dominar os desenvolvimentos diplomáticos (e militares) durante a maior parte do século XIX, relações de poder algo temperadas, é verdade, pela Doutrina Monroe – proclamada unilateralmente pelos Estados Unidos, secundados pela própria Grã-Bretanha – e seu modesto poder de coerção ou de "dissuasão" contra as potências recolonizadoras da Santa Aliança (ALMEIDA, 1997, pp. 78-79).

Portanto, o Congresso de Viena exerceu grande influência no desenvolvimento

---

<sup>9</sup> Termo, que assim como outros, representa um significativo evento para o direito internacional.

político e das relações internacionais, além de que, no campo do direito, os princípios de direito internacional surgidos nesse Congresso, “basicamente irão reger a ordem internacional até o final da primeira guerra mundial”, oportunidade em que se abre uma nova fase do direito internacional, com a criação do tratado de Versalhes. (ACCIOLY, SILVA e CASELLA, 2014, p. 100) que veio, por sua vez, marcar o final da primeira guerra mundial, abrindo-se, assim, o terceiro período de desenvolvimento do direito internacional.

Nesse contexto já tendo o Brasil como signatário, o Tratado de Versalhes teve a sua promulgação pelo Decreto nº 13.990, de 12 de janeiro de 1920, que “Promulga O Tratado de Paz entre os países aliados, associados e o Brasil de um lado e de outro a Alemanha, assinado em Versailles em 28 de junho de 1919.” (BRASIL, 1920).

O Tratado de Versalhes simbolizou um grande avanço no direito internacional, e após figurou como marco de divisão de um outro momento histórico, conforme a divisão enunciada no começo do tratamento deste item.

Portanto, a quarta parte do desenvolvimento do direito internacional, na divisão apresentada no início deste item, que corresponde à época do Tratado de Versalhes até os dias atuais, confunde-se com a própria humanização do direito internacional, uma vez que:

[...] o movimento mais relevante faz-se no sentido da “humanização do direito internacional”, para resgatar a condição central do ser humano no direito internacional, mediante o surgimento e a consolidação de sistema internacional de proteção dos direitos fundamentais (ACCIOLY, SILVA e CASELLA, 2014, p. 107).

Há um encontro do desenvolvimento do direito internacional com o desenvolvimento dos direitos humanos, conforme já mencionado, sendo que estes fenômenos, inclusive, são tratados de maneira única por Piovesan, que enumera o capítulo II da Parte I de seu livro como “Internacionalização dos direitos humanos e humanização do direito internacional” (PIOVESAN, 2012). Portanto, a continuação do desenvolvimento traçado nos itens 1.1.1 e 1.1.2 coincide-se com os fenômenos mencionados, razão pela qual seu tratamento será em conjunto.

### 1.1.3 Humanização do Direito Internacional e Internacionalização dos Direitos Humanos

Ainda que possam ter existido normas de proteção básica da pessoa humana consideradas como direitos humanos em tempos distantes, temos que a importância da matéria e o seu estudo mais profundo vêm sendo considerados há pouco na história do direito, isso em

razão da evolução dos direitos humanos e da internacionalização dos direitos (em geral) com foco para a proteção dos direitos essenciais da pessoa humana.

Traçadas essas linhas, há a necessidade de se entender, portanto, como se deu a evolução do direito, vindo a desaguar em uma maior internacionalização e no surgimento de uma nova etapa histórica, onde dá-se uma importância maior aos direitos humanos.

De maneira sintética e de grande elucidação, Lafer, prefaciando *A Era dos Direitos*, de Bobbio, elucida o que entende serem três etapas de institucionalização dos direitos humanos:

A primeira etapa é a da *positivação*, ou seja, a da conversão do valor da pessoa humana e do reconhecimento em Direito positivo, da legitimidade da perspectiva *ex parte populi*. São as Declarações de Direitos. A segunda etapa, intimamente ligada à primeira, é a *generalização*, ou seja, o princípio da igualdade e o seu corolário lógico, o da não discriminação. A terceira é a *internacionalização*, proveniente do reconhecimento, que se inaugura de maneira abrangente com a Declaração Universal de 1948, que, num mundo interdependente a tutela dos direitos humanos, requer o apoio da comunidade internacional e normas de Direito Internacional Público (LAFER, 2004, s.n.).

A internacionalização mostra-se, então, como a última etapa na institucionalização dos direitos humanos, surgindo após a positivação e a generalização. Ao se trabalhar a internacionalização, pode haver uma diferenciação quanto o escopo ou época da internacionalização, como proposto por André de Carvalho Ramos (2015a), que se refere à “internacionalização em sentido estrito”, e à “internacionalização em sentido amplo”, esta também tratada por Comparato como a primeira fase de internacionalização dos direitos humanos.

A internacionalização em sentido amplo “apresenta-se incipiente, embora fragmentada e com motivação diversa, desde o século XIX e início do século XX” (RAMOS, 2015a, p. 58), antecedendo-se à internacionalização em sentido estrito, que teve como marco simbólico a criação da Organização das Nações Unidas<sup>10</sup> e a Declaração Universal dos direitos humanos.

O caráter fragmentado da primeira é exposto por Afonso e Magalhães, para quem “A fragmentação da ordem jurídica global consiste na emergência de regimes auto-suficiente cujo objetivo é regular disciplinas de elevada especificidade técnica e normativa” (AFONSO e MAGALHÃES, 2012, p. 32), e nessa toada houve o tratamento de matérias diversas, como o combate à escravidão, a proteção dos direitos dos estrangeiros, dos feridos e enfermos nos

<sup>10</sup> Que veio a suceder a antiga “Liga das Nações”. A Liga das Nações surgiu ao final da Primeira Guerra Mundial, ao passo em que a Organização das Nações Unidas surgiu ao final da Segunda grande guerra (AGUILAR, 2009, p. 69)

conflitos armados, das minorias, e de direitos sociais pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) (RAMOS, 2015a, pp.58-59).

Esse primeiro momento da internacionalização, portanto, abarcou várias áreas, contendo os três eixos da Proteção Internacional dos direitos humanos, que conforme Ramos (2015a, pp. 66-67) são o Direito Internacional dos direitos humanos (DIDH), o Direito Internacional Humanitário (DIH), e o Direito internacional dos Refugiados (DIR). O autor afirma, ainda, se referindo a esse momento, que:

Essas normas esparsas, entretanto, são meros antecedentes da internacionalização em sentido estrito dos direitos humanos, que consiste [...] na criação de um corpo sistematizado e coerente de normas, com princípios, objeto e metodologia próprios, o que inexistia na época de tais antecedentes (RAMOS, 2015a, p. 59).

Tais normas significaram a causa remota para a contemporânea proteção internacional dos direitos humanos, que teve como causas próximas as relacionadas à nova organização da sociedade internacional no pós Segunda Guerra Mundial (RAMOS, 2015a, p. 60), que já corresponde à internacionalização em sentido estrito, antes mencionada.

Portanto, após a Segunda Guerra Mundial uma nova etapa da evolução dos direitos humanos surgiu, uma vez que a eclosão da guerra trouxe um amadurecimento e um desejo de criar mecanismos que protegessem a humanidade de violações, ou melhor dizendo:

O regime totalitário do nazifascismo produziu gigantescas violações de direitos humanos, desnudando a fragilidade de uma proteção meramente local. Como proteger os direitos dos indivíduos se as leis e Constituições falhassem? Além disso, esses regimes totalitários, além de violar os direitos dos seus próprios nacionais, também praticaram políticas internacionais de agressão. Reconheceu-se, então, uma vinculação entre a defesa da democracia e dos direitos humanos e os interesses dos Estados em manter um relacionamento pacífico na comunidade internacional (RAMOS, 2015a, p. 60).

Souza Neto e Sarmento, de igual maneira, reconhecem ter havido na sociedade uma mudança e uma tomada de providências pela sociedade internacional como um todo, porém colocam também como propulsor dessa realidade o fato de que no “[...] mundo contemporâneo, os Estados nacionais, sozinhos, não conseguem enfrentar alguns dos principais problemas com que se deparam em área como a economia, o meio ambiente e a criminalidade” (SOUZA NETO e SARMENTO, 2014, p. 89).

Portanto, para Souza Neto e Sarmento, a dificuldade de resolução de situações internas

de maneira isolada, aliada ao surgimento de novas entidades internacionais ou supranacionais, desenvolveu-se:

[...] na sociedade global, desde o final da II guerra Mundial, um “cosmopolitismo ético”, que cobra dos Estados mais respeito aos direitos humanos, não aceitando a invocação da soberania ou de particularismos culturais como escuda para as mais graves violações à dignidade humana (SOUZA NETO E SARMENTO, 2014, p. 89).

Em meio a essa realidade, de frente com a ineficiência do sistema de proteção de direitos essenciais, que na época era quase que exclusivamente composta de direito interno (constitucional), as nações viram-se na necessidade de se organizarem e buscarem meios mais efetivos de proteção, e nesta seara fora criada a Organização das Nações Unidas – ONU, ou seja:

O passo decisivo para a internacionalização da temática dos direitos humanos foi a edição da Carta de São Francisco em 1945 que, além de mencionar expressamente o dever de promoção de direitos humanos por parte dos Estados signatários, estabeleceu ser tal promoção um dos pilares da Organização das Nações Unidas (ONU), então criada (RAMOS, 2015b, p. 30).

A ONU, portanto, fora criada com seu fundamento jurídico na Carta de São Francisco, assinada em 26 de junho de 1945; e com internalização no Brasil em 22 de outubro de 1945, pelo Decreto 19.841/45, sendo que no “[...] preâmbulo da Carta, reafirma-se a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos de homens e mulheres” (RAMOS, 2015b, p. 30).

Trouxe como fundamento, então, uma afirmação expressa de proteção aos direitos fundamentais do homem, reafirmada pelos artigos 55 e 56, que “[...] por seu turno, explicitam o dever de todos os Estados de promover os direitos humanos.” (RAMOS, 2015b, p. 30). Ainda, estipulou em seu artigo 1, item 3, como propósito das Nações Unidas:

Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião [...] (BRASIL, 1945).

Trata-se, assim, de norma fundamental para a internacionalização dos direitos

humanos, ou ainda, um reconhecimento entre as nações da necessidade de se pensar globalmente na solução das violações aos direitos essenciais das pessoas, e criando uma mentalidade que não mais se limitava ao direito interno, e sim, buscava alternativas em normas internacionais (assim como a cooperação internacional), para a efetividade da proteção a esses direitos.

Como visto, um dos pontos chave da criação da ONU, por meio da Carta de São Francisco, é a proteção aos direitos humanos, e nesse sentido é que, em 10 de dezembro de 1948, fora aprovada a Declaração Universal de direitos humanos - DUDH, sob a forma de Resolução da Assembleia Geral da ONU, configurando um grande avanço do direito, sendo que, mais precisamente:

Até o século XX, a doutrina internacionalista considerava que apenas poderiam ser objeto do Direito internacional os direitos e deveres dos Estados. Como observa LINDGREN ALVES, esse documento “Modificou o sistema “westfaliano” das relações internacionais, que tinha como atores exclusivos os Estados soberanos, conferindo à pessoa física a qualidade de sujeito do Direito além das jurisdições domésticas. Lançou os alicerces de uma nova e profusa disciplina jurídica, o Direito Internacional dos Direitos Humanos (TAVARES, 2015, p. 398).

Configurou-se, portanto, o processo de internacionalização dos direitos humanos, ao passo em que a proteção de direitos básicos da pessoa passou a transcender o campo normativo interno para encontrar uma retaguarda, também, em normas internacionais, ou nas palavras do autor: “além das jurisdições domésticas”.

Nesse período, a DUDH, junto da Declaração Americana de direitos humanos, também criada em 1948, constituíram:

[...] um ímpeto decisivo [...] no processo de *generalização* da proteção internacional dos direitos humanos que as quase cinco últimas décadas têm testemunhado. Este processo passou a visar a proteção do ser humano *como tal*, e não mais sob certas condições ou em setores circunscritos como no passado [...] (TRINDADE, 2003, pp. 62-63).

Então, junto a um processo de internacionalização, ocorre uma *generalização* na temática presente nas normas de direitos humanos, ou seja, preparou-se o terreno para a criação de normas gerais de direitos humanos, cuidando dos direitos mais básicos, de liberdade e sociais.

Por outro lado, conforme mencionado, a Declaração Universal de direitos humanos

fora editada sob a fórmula de resolução pela Assembleia Geral da ONU, não sendo, portanto, um tratado internacional propriamente dito, fazendo com que, sobre sua força vinculante, surgissem, por conseguinte, três vertentes; i) possuir força vinculante por constituir interpretação autêntica do termo “direitos humanos” da Carta de São Francisco; ii) possuir força vinculante por representar o costume internacional e iii) não possuir força vinculante em razão de representar tão somente o *soft law*<sup>11</sup> (RAMOS, 2015a, p. 64).

Essa discussão, contudo, tem a sua importância diminuída frente ao fato de que, adotando uma ou outra tese, mostra-se indiscutível sua importância e relevância para o trato dos direitos humanos, sendo considerada, inclusive, um dos maiores expoentes normativos da matéria.

Essas bases históricas, chegando na Declaração Universal dos direitos humanos, representam e comprovam a evolução dos direitos essenciais da pessoa humana, uma vez que o desenvolvimento ocorre preponderantemente de maneira similar à uma catraca<sup>12</sup>, ao passo em que havendo um avanço, não se permite um retrocesso, de maneira similar ao que propugnado pelo princípio da proibição do retrocesso social<sup>13</sup>.

Após a edição da Declaração Universal, que em seu conjunto fático sustentou a internacionalização dos direitos humanos, surgiram outros tratados de grande importância. Contudo, tais tratados não merecem tratamento neste tópico, por não serem propriamente parte integrante do desenvolvimento histórico, mas sim, da atualidade<sup>14</sup>.

## 1.2 Conteúdo dos Direitos Humanos

Os direitos humanos atuam como objeto deste estudo, de maneira que, utiliza-se desse item para expor as dificuldades de sua conceituação, e a busca de superá-la, oferecendo as informações sobre o conteúdo desses direitos, e dirimindo confusões conceituais, propiciando (e trazendo) o estudo acerca das “fontes materiais”, no subitem derradeiro.

---

<sup>11</sup> Termo muito difundido no estudo de direito internacional Público, sendo que “A expressão *soft law* está consagrada dentro da literatura jurídica desde os fins dos anos sessenta e o termo havia sido cunhado em sua origem por lord McNair para designar os princípios abstratos em direito em oposição à *hard law* onde o direito concreto, operacional, provém da prova judicial (DUEÑAS, 2017, p. 165, tradução nossa)

<sup>12</sup> Também conhecido como efeito cliquet, referenciando à onomatopeia de objetos com trava, a exemplo da catraca, então mencionada.

<sup>13</sup> Diferenciando-se no que o nome do princípio já acusa: este é destinado somente às normas de caráter social e econômico (CANOTILHO, 2003, p. 338)

<sup>14</sup> Com a ressalva de que a Declaração Universal dos Direitos Humanos também faz parte da atualidade, uma vez que projeta sua “vigência” até os dias atuais.



### 1.2.1 Celeuma na Conceituação dos Direitos Humanos

Ao estudar “direitos humanos” tem que se ter em conta que “O termo “direitos humanos” é utilizado com frequência nos mais variados contextos, o que prejudica sua precisão e clareza conceitual” (RAMOS, 2015a, p. 41).

O objetivo de oferecer uma conceituação ao tema é proporcionar um entendimento exato do conteúdo daquilo que irá se tratar, além de afastar a confusão com outros institutos, e considerando essa dificuldade na conceituação, apontada por André de Carvalho Ramos, propõe-se o tratamento do tema de maneira segmentada.

Nesse sentido, mostra-se necessário em um primeiro momento indicar exatamente o que está se considerando como direitos humanos, uma vez que no trato dessa matéria há uma grande dissidência de concepções. Nenhuma das concepções está equivocada, trata-se de uma opção conceitual.

Em um segundo momento, apresenta-se quais os caracteres mais essenciais dessa concepção adotada neste trabalho, para posteriormente analisar o seu conteúdo.

Por fim, em um terceiro momento, almejando sanar a questão da confusão terminológica, mostra-se pertinente explicitar a diferenciação dos direitos humanos dos direitos fundamentais.

Nessa ordem de ideias proposta, inicia-se esclarecendo que será adotada a concepção de direitos humanos enquanto norma essencial de proteção da pessoa humana que conste de normas internacionais<sup>15</sup>. Portanto, frise-se que, para o presente trabalho, considera-se direitos humanos aquele oriundo de acordos de direito internacional.

E, dentro disso, identifica-se dois caracteres basilares: i) ter a sua fundamentalidade material; e ii) ser positivado em norma de direito internacional. Esses caracteres serão tratados no próximo item (1.2.1.1), e no seguinte (1.2.1.2) será abordada em específico a diferenciação entre direitos humanos e direitos fundamentais.

#### 1.2.1.1 Caracteres básicos dos Direitos Humanos

Os caracteres básicos que sustentam a concepção de “direitos humanos” aqui adotada resumem-se em sua *fundamentalidade material* e ao seu pertencimento ao direito internacional,

---

<sup>15</sup> Opta-se neste trabalho por uma atenção à conformação legislativa dos direitos humanos, discordando do quanto colocado por Figueiredo e Santana (2000, p. 39), que em “Breves Notas Para o Estudo dos Direitos Humanos” inutilizam esse viés de discussão.

conforme visto.

Ao se mencionar a fundamentalidade “material”, está a se utilizar das expressões demonstradas por Sarlet, para quem existe tanto a fundamentalidade “formal”, quanto a “material”, e ambas expressam características diversas (SARLET, 2015, pp. 76-78).

Somente a título de elucidação, temos que a fundamentalidade formal expressa a característica de a norma pertencer ao direito constitucional positivo (SARLET, 2015, pp. 75-76), ou seja, para que uma norma possua essa característica, ela deve estar positivada na constituição (no ordenamento jurídico interno, portanto). Frise-se que a fundamentalidade formal, tal qual explicada por Sarlet, não se aplica na concepção de direitos humanos que aqui se adota.

A fundamentalidade material, presente nos direitos humanos, significa a norma conter “decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade, de modo especial, porém, no que diz com a posição nestes ocupada pela pessoa humana” (SARLET, 2015, P. 76), portanto, independe de onde ela esteja positivada, se se tratar de direitos que sejam caros à pessoa humana, possui fundamentalidade material.

A importância de se avaliar uma norma materialmente pode ser percebida pelo o que afirma Sarlet:

É, portanto, evidente que uma conceituação meramente formal, no sentido de serem direitos fundamentais aqueles que como tais foram reconhecidos na Constituição, revela sua insuficiência também para o caso brasileiro, uma vez que a nossa Carta Magna, como já referido, admite expressamente a existência de outros direitos fundamentais que não os integrantes do catálogo (Título II da CF), seja com assento na Constituição, seja fora desta, além da circunstância de que tal conceituação estritamente formal nada revela sobre o conteúdo (isto é, a matéria propriamente dita) dos direitos fundamentais (SARLET, 2015, p. 76).

Dessa maneira, os direitos essenciais de proteção da pessoa humana, no Brasil, podem estar ou não contidos na própria Constituição Federal, podendo serem caracterizados como direitos fundamentais ou direitos humanos; fazendo com que a nota de fundamentalidade material abarque não somente os direitos protetivos do direito interno, como também do direito internacional.

O outro caractere mencionado para a caracterização como Direito Humano é ter como a sua fonte o direito internacional, ou seja, ser oriundo de uma norma internacional. Nesse aspecto, há uma importante passagem doutrinária:

Fica evidenciado o papel dos Estados latino-americanos como sujeitos ativos na abertura ao plano externo (e não meramente passivos, no sentido de serem determinados por ele): é o direito constitucional interno que comparece espontaneamente no plano internacional para incorporar a si os padrões de direitos humanos e de democracia, de modo que aderir ao Constitucionalismo global é antes de tudo um ato de soberania (OLSEN e KOZICKI, 2018, p. 57).

Nesse sentido, há a possibilidade de uma norma internacional pertencer ao ordenamento jurídico de um país, mas para isso deve se ter uma autorização de seu direito interno<sup>16</sup>. E essa incorporação, manifestada pela vontade livre de um país, não vem a ferir a sua soberania, mas sim reafirmá-la, e nesse sentido:

Ao realizarem essa incorporação, as constituições fortalecem o sistema de direitos humanos e promovem sua concretização. Por meio de procedimentos variados – que vão da incorporação pelos critérios formais de emenda constitucional, como é o caso brasileiro, à mera aplicação em conjunto com as normas constitucionais, como sugere a Constituição Boliviana, as normas de direitos humanos acabam por integrar o próprio núcleo de sentido das Constituições (OLSEN e KOZICKI, 2018, p. 57).

Portanto, essas normas, munidas de fundamentalidade material, oriundas de tratados internacionais, quando internalizadas, incorporam-se ao ordenamento jurídico brasileiro, obtendo vigência.

Em suma, então, nossa concepção de direitos humanos é “adjetivada” com a fundamentalidade material, e tem como fonte normas internacionais, fazendo com que se possa dizer que: direitos humanos são direitos constantes em normas de direito internacional que em seu conteúdo objetivem a proteção essencial da pessoa humana.

#### 1.2.1.2 Direitos Humanos e Direitos Fundamentais

Já delineado o conteúdo da expressão “Direitos Humanos”, com base na concepção que aqui se optou por adotar, mostra-se pertinente, então, traçar a sua diferenciação dos “Direitos Fundamentais”.

Com base na explicitação anterior, podemos afirmar que os direitos fundamentais possuem também a fundamentalidade material, porém não constam de documentos de direito internacional, mas sim, estão presentes no ordenamento interno dos países, no nosso caso, na Constituição Federal. De outro lado, possuem fundamentalidade formal, ao passo em que os

---

<sup>16</sup> Isso considerando um contexto onde se adota a teoria dualista, que é o caso brasileiro.

direitos humanos não.

Direitos humanos e direitos fundamentais, representam, portanto, dois grupos diversos de normas, que, juntas, fazem parte de um grupo maior, que são as normas essenciais de proteção da pessoa humana. Adota-se, assim, o termo “essenciais” como ponto em comum dessas duas espécies normativas<sup>17</sup>, permitindo o objetivo principal desse estudo, que é revelar a interação entre essas duas normas.

Em um primeiro momento, esclarece-se que essa divisão somente existe quando adotada para o direito internacional a teoria dualista, para a qual existem dois ordenamentos jurídicos distintos, um interno e um internacional (MAZZUOLI, 2011, p. 75), indo de encontro ao que é afirmado pela teoria monista, que afirma que há somente um único ordenamento jurídico, e que as normas de direito internacional, somente por existirem já fazem parte do ordenamento jurídico interno<sup>18</sup> (MAZZUOLI, 2011, p. 81).

Referidas teorias fazem parte de uma das maiores discussões do Direito Internacional atualmente, uma vez que implica no procedimento a ser adotado para a vinculação de um país às normas internacionais, bem como a sua hierarquia frente ao direito interno, quando da sua vigência.

Existindo dois ordenamentos, portanto, ou ao menos duas facetas de um mesmo ordenamento, nasce a interação entre ambos, uma vez que existirão normas que porventura possam ser semelhantes, ou distintas, sendo necessário compreender as suas formas de contato, a eficácia de uma sobre a outra, e toda a relação existente entre elas.

Nessas duas espécies de normas (interna e internacional), temos, então, os direitos fundamentais e os direitos humanos, respectivamente; que na explicitação de Sarlet:

Em que pese os dois termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) sejam comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional [...] (SARLET, 2015, p. 29).

Nessa mesma linha, Ramos afirma:

[...] a doutrina tende a reconhecer que os “direitos humanos” servem para

<sup>17</sup> Esclarece-se aqui considerar “espécies normativas” no sentido de considerar como de diferentes fontes formais.

<sup>18</sup> Tecnicamente não faria parte do ordenamento jurídico interno, mas sim, consistiria em um outro ordenamento, geral, que englobaria ambos (MAZZUOLI, 2011, p. 81)

definir os direitos estabelecidos pelo Direito internacional em tratados e demais normas internacionais sobre a matéria, enquanto a expressão “direitos fundamentais” delimitaria aqueles direitos reconhecidos e positivados pelo Direito Constitucional de um Estado específico (2014, p. 50).

Portanto, segundo uma forte tendência doutrinária, a depender da fonte normativa que o direito se encontre, ele se configura como um Direito Humano ou como um Direito Fundamental (NUNES JUNIOR, 2009, p. 23), com a ressalva de “[...]que não se cuida de termos reciprocamente excludentes ou incompatíveis, mas, sim, de dimensões íntimas e cada vez mais inter-relacionadas” (SARLET, 2015, p. 35), e essa relação pode ser melhor percebida na seguinte passagem do autor:

[...] Reconhecer a diferença, contudo, não significa desconsiderar a íntima relação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, uma vez que a maior parte das Constituições do segundo pós-guerra se inspirou tanto na Declaração Universal de 1948, quanto nos diversos documentos internacionais e regionais que as sucederam, de tal sorte que – no que diz com o conteúdo das declarações internacionais e dos textos constitucionais – está ocorrendo um processo de aproximação e harmonização, rumo ao que já está sendo denominado (e não exclusivamente – embora principalmente – no campo dos direitos humanos e fundamentais) de um direito constitucional internacional (SARLET, 2015, pp. 32-33).

A atuação de ambas as normas se faz presente, então, no atual cenário dos direitos essenciais à pessoa humana, “inter-relacionando-se” e servindo uma para outra como base no desenvolvimento da matéria, sendo essa a relação a que se almeja analisar.

Por fim, dá-se ênfase à afirmação do autor de que “a maior parte das Constituições do segundo pós-guerra se inspirou tanto na Declaração Universal de 1948, quanto nos diversos documentos internacionais [...]”, que leva à desconfiança de que a constituição brasileira utilizaria como fonte material essas normas internacionais. Nesse sentido, será trabalhado o instituto da “fonte material”, e como esse instituto se encaixaria no trato da matéria.

### 1.2.2 Fonte Material de Direitos

Uma das propostas aqui apresentada é a análise de um fenômeno que a princípio se aparenta verdadeiro (por isso o estudo no método hipotético-dedutivo), este fenômeno é a relação entre os direitos humanos e direitos fundamentais, mais precisamente na utilização de um como base de conhecimento para a construção do outro.

Essa relação, que de certa maneira podemos chamar de causa e consequência, ou em

outras palavras, de os direitos fundamentais serem consequência dos direitos humanos (causa), gera uma inquietação na identificação terminológica, mais precisamente em saber o que um seria para o outro: se a criação de direitos fundamentais seria uma função dos direitos humanos, se seria uma finalidade, ou se poderia ser nomeado de outra maneira.

Em um primeiro momento, ao se falar sobre as funções de direitos humanos temos um vácuo no tratamento doutrinário, algo justificável, uma vez que direitos humanos são direitos, ou seja, é uma subdivisão didática que trata de um certo ramo do direito, com seus próprios institutos e suas próprias características, sendo desnecessário que se apresente as funções desse ramo em específico.

Nesse sentido, podemos afirmar que as funções dos direitos humanos são as mesmas funções do Direito, em si considerado, que é a normatização da vida em sociedade, com a especificidade de se tratar de normas essenciais de proteção da pessoa humana.

Contudo, o que se mostra aparente é que possivelmente há uma função em específico quando tratamos de normas de direito internacional de proteção essencial à pessoa, que é a função de servir como base de conhecimento para a criação dos direitos fundamentais no plano interno.

E nessa linha, dentre os institutos do direito, e as criações doutrinárias e teóricas para o aprofundamento do conhecimento científico sobre a área, existe o que é chamado de “fontes do direito”, do qual o conhecimento faz-se como requisito necessário para que se avance em qualquer pesquisa na área. Portanto, é um objeto de estudo de caráter basilar e fundamental, tanto para a aplicação do direito, quanto para o estudo mais profundo do mesmo.

“Fonte” é, na concepção gramatical, a origem, gênese, de onde provém, de maneira que as fontes do direito são os meios pelos quais se formam ou se estabelecem as normas jurídicas, ou ainda, *instâncias de manifestação normativas* (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2014, p. 55), ou segundo Franco Montoro, é uma expressão figurada que significa o ponto em que surge um veio de água, onde tem a primeira aparição desta na superfície da terra (MONTORO, 2005, p. 379).

A origem do termo advém, portanto, das fontes de água, de onde a água surge para posteriormente seguir o seu curso, ou seja, a sua origem, o seu ponto de nascimento. Ao se referirem a instâncias de manifestação normativa, Gagliano e Pamplona Filho referem-se ao *locus* de onde é extraído um verbete<sup>19</sup> que tenha força de direito.

Seu caráter fundamental para se trabalhar com o direito é visto desde o início de

---

<sup>19</sup> Sem considerar o fenômeno ocorrido onde se adota o direito consuetudinário.

qualquer análise jurídica, uma vez que, segundo Caio Mário da Silva Pereira, a autoridade encarregada da observância da norma (bem como o súdito) “têm a necessidade de se informar da sua existência, e conhecer-lhe o teor” (PEREIRA, 2001 p. 56), atividade sem a qual, diga-se, tanto quem aplica, quanto a quem é aplicado o direito, “não sairiam do zero”, cuida-se do ponto de partida para qualquer análise jurídica, pois não tendo conhecimento da fonte do direito, não surge sequer o objeto a ser analisado.

Quem faz uma análise mais acurada sobre as fontes do direito é Tércio Sampaio Ferraz Junior, para quem a teoria das fontes toma como premissa que o direito não é essencialmente um *dado*, mas sim uma construção, contida na cultura humana, sendo, pois, um produto cultural, e não algo que existe por si próprio (FERRAZ JUNIOR, 1988, p. 200).

Tratando-se de algo construído, há a premissa de que não existe desde sempre, além de necessitar de algo ou alguém para construí-lo. Nesse sentido, quem constrói o direito é o homem, e para tanto necessita de base para a sua construção, e essa base, portanto, também deve ser considerada uma fonte.

Nessa problemática segue o autor, “pois o reconhecimento do direito como uma construção não exclui seu aspecto como dado, posto que, afinal, se o direito é feito, é obra humana, a matéria-prima não se confunde com a própria obra” (FERRAZ JUNIOR, 1988, p. 200).

Portanto, há, de um lado, a base para a criação do direito, e de outro, a criação, e isso se encaixa no que o autor enumera como a matéria-prima e a obra, sendo que ambas podem ser consideradas como fontes, porém possuem características diversas.

Surge então, um tipo de reflexão que tem como consequência final a necessidade de classificação das fontes do direito, resultando em uma diferenciação em *fontes formais* e em *fontes materiais*, buscando não as excluir da condição de fontes e ao mesmo tempo proporcionar um estudo dos fenômenos em separado.

Retomando as metáforas utilizadas por Tércio Sampaio Ferraz Junior (1988, p. 200), a *fonte material* é a matéria-prima, ao passo em que a *fonte formal* é a obra, e essa reflexão já constava em Savigny (1840), para quem deveria distinguir-se a *lei* e o seu *espírito*, diferenciando, portanto, a *fonte* (espírito do povo), dos atos estatais (instrumentos de realização) (FERRAZ JUNIOR, 1988, p. 200).

Tércio Sampaio prossegue, demonstrando que essa dicotomia teria sido reafirmada também pelo jurista francês François Geny (1925), este que diferenciava o direito enquanto o seu aspecto *dado* ou o seu aspecto *construído*. Assim, haveriam as fontes formais (representando o *construído*) e as fontes substanciais, que seriam compostas dos elementos

materiais, históricos, racionais e ideais (FERRAZ JUNIOR, 1988, pp. 200-201).

A fonte, então, não é somente o objeto que surge, mas as circunstâncias e realidade que fazem com que esse objeto surja; fazendo com que de um lado exista o substrato fático e social (fonte material), e este impulsiona o nascimento (ou criação) de um conteúdo (fonte formal) que passa a existir.

Também tratando dessa questão, Caio Mário da Silva Pereira apresenta as fontes como sendo fontes formais e fontes históricas (2001, p. 56). Contudo, a diferenciação apresentada por este autor não cuida de dar todo o conteúdo como apresentado pelos outros autores, que por sua vez utilizam-se do elemento histórico apenas como uma faceta das fontes que não sejam formais, ao lado de outras facetas, como por exemplo os elementos materiais, racionais e ideais.

Caio Mário da Silva Pereira (2001, p. 56) utiliza-se, então, da mesma lógica, porém tem uma abordagem um pouco mais restritiva e utilizando outra nomenclatura. Essa abordagem não exclui e nem nega a classificação entre fontes formais e materiais, pelo contrário, permite que se reafirme a existência de uma bifurcação da concepção de fontes, havendo não somente as fontes formais enquanto obra de criação.

Esse contexto nos permite afirmar que a análise das fontes do direito não está adstrita ao objeto já criado, mas abarca também a sua criação, e sobretudo a matéria-prima utilizada para tanto. E ainda se valendo dessa metáfora, podemos reafirmar como hipótese a situação na qual os direitos humanos sejam a matéria-prima para a criação dos direitos fundamentais.

E nesse momento, já apresentado o conteúdo dos direitos humanos, parte-se para a análise normativa e da relação causa e consequência dos direitos humanos e Fundamentais, para a qual fora reservado o capítulo 2 deste trabalho. Contudo, também se faz necessária a explicitação do material normativo que será analisado naquele capítulo, para o que se dedica o próximo item.

### **1.3 Tratados Internacionais**

Em um primeiro momento, e de maneira objetiva, faz-se necessário o entendimento breve sobre essa terminologia: “tratados”. Para tanto, utiliza-se da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que é a norma que rege a criação de um tratado internacional, e a qual o Brasil promulgou em 14 de dezembro de 2009, pelo Decreto nº 7.030/09, e que em seu artigo 2, item 1, alínea “a”, explica que:

- a) “tratado” significa um acordo internacional concluído por escrito entre



Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica [...] (BRASIL, 2009).

Dessa forma, basicamente, considera-se como um “tratado”, um acordo internacional, qualquer que seja a nomenclatura a ele dada, abrangendo, portanto, documentos nomeados como “convenção”, “declaração” e “pacto”.

Com esse conceito em conta, e para o estudo normativo em específico dos tratados internacionais, far-se-á a apresentação da sistemática da proteção internacional dos direitos humanos, para o que será apresentado o item 1.3.1 tratando da divisão geográfica, e o item 1.3.2 tratando da divisão temática; uma vez que os tratados de direitos humanos basicamente são oriundos ou de um sistema universal ou de um sistema regional; e cada tratado cuida de uma temática diversa.

### 1.3.1 Divisão Geográfica

Os direitos humanos são normatizados basicamente em dois campos de proteção, que correspondem à sua classificação geográfica:

[...] é possível classificar os processos internacional de direitos humanos de acordo com o *âmbito geográfico de atuação*. De um lado, há o sistema *global* (também chamado de *onusiano* ou *universal*), que abarca os mecanismos patrocinados pela Organização das Nações Unidas e que atingem todos os Estados-membros da ONU ou que ratificaram os tratados de direitos humanos celebrados sob os auspícios da ONU. Por outro lado, há os mecanismos *regionais*, que vinculam Estados em determinadas regiões do globo, como se vê nos *sistemas europeu, interamericano e africano* de direitos humanos (RAMOS, 2015b, p. 38).

Portanto, são como dois “níveis” de proteção, uma vez que um não exclui o outro, e o estado aderente às normas de proteção de ambos não podem se valer de um sistema para se esquivar da aplicação de uma norma oriunda do outro.

Tratam-se, assim do sistema global de proteção, e dos sistemas regionais. O sistema global, como decorrência da análise contida no início dessa pesquisa, é o campo de proteção resguardado pela Organização das Nações Unidas. Essa entidade nasceu com o propósito de defesa dos direitos humanos, e via de consequência transformou-se aparato para que se realizassem por seu intermédio as negociações e adesões a tratados de direitos humanos.

Não somente como base física para a celebração dos tratados, mas funcionando como

instituição e inclusive depositária dos documentos, a ONU retém, portanto, um papel de protagonismo em todas as tratativas que possuem como fim a proteção da pessoa.

O Sistema Global corresponde ao sistema “Onusiano”, ou seja, à proteção oferecida pela Organização das Nações Unidas, calcada basicamente no que vem a ser chamado de Carta Internacional de direitos humanos, que é o conjunto das três normas fundamentais do sistema onusiano: i) a Declaração Universal dos direitos humanos (DUDH); ii) o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP)<sup>20</sup>; e iii) o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)<sup>21</sup>.

Discorrendo sobre o surgimento dessa “Carta”, Cançado Trindade afirma:

[...] A Declaração Universal resultou de uma série de decisões tomadas no biênio 1947-1948, a partir da primeira sessão regular da mencionada Comissão de Direitos humanos, em fevereiro de 1947. O plano geral era de uma Carta (Bill) Internacional de Direitos Humanos, da qual a Declaração seria apenas a primeira parte, a ser complementada por uma Convenção ou Convenções (posteriormente denominada Pactos) e medidas de implementação. Estas últimas não constavam, pois, da Declaração Universal [...] (TRINDADE, 2003, pp. 57-58).

Tomando como base, portanto, a Declaração Universal dos direitos humanos, a intenção era complementar tal documento, o que de fato foi feito:

Pela resolução 2200A (XXI) de 1966, a Assembléia Geral adotou e abriu à assinatura e ratificação ou adesão o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (por 105 votos a zero), o Pacto de Direitos Civis e Políticos (por 106 votos a zero) e o [primeiro] Protocolo Facultativo deste último (por 66 votos a 2, com 38 abstenções) (TRINDADE, 2003, pp. 60-61).

Desse modo, fora implementada a Carta, servindo como base para o sistema global de proteção, e seguida de diversas convenções temáticas construídas no seio da ONU. A Carta Internacional de direitos humanos, composta por esses três documentos, será utilizada, portanto, como base para a análise normativa dos tratados internacionais, no campo global.

Ainda, “[a]o lado do sistema global, surgem os sistemas regionais de proteção que buscam internacionalizar os direitos humanos no plano regional, particularmente na Europa, América e África” (PIOVESAN, 2012, p. 90). Esse surgimento deu-se face a uma necessidade

20 Correspondendo aos direitos fundamentais de primeira dimensão, que segundo Bonavides (BONAVIDES, 2012, p. 581) “são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos [...]”

21 Pacto que prevê, por sua vez, direitos fundamentais de segunda dimensão, de viés prestacional.

de conferir maior efetividade à proteção dos direitos, em razão, inclusive, de órgãos judiciais de proteção. Delineando tais sistemas, Piovesan (2012, pp. 91-92):

Cada um dos sistemas regionais de proteção apresenta aparato jurídico próprio. O sistema europeu conta com a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950, que estabeleceu originariamente a Comissão e a Corte Europeia de Direitos Humanos. [...] Já o sistema interamericano tem como principal instrumento a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, que prevê a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana.

Em se tratando do sistema interamericano de proteção, portanto, também há um conjunto de tratados, sendo que podemos identificar uma sistemática semelhante ao sistema onusiano, com tratados correspondentes. Nesse sentido, há a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem<sup>22</sup>, a Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>23</sup>, e o Protocolo de São Salvador<sup>24</sup>.

Os dois sistemas possuem, portanto, tratados semelhantes, de maneira que existem as declarações, e posteriormente um tratado para cada área temática geral, ou ainda, para cada espécie de direito, e essa repartição será melhor demonstrada no item próximo, onde se propõe tratar da divisão temática.

### 1.3.2 Divisão Temática

Considerando, portanto, esses dois campos normativos (onusiano e americano), com normas correspondentes, mostra-se pertinente identificar o porquê dessas normas serem tratadas de maneira separada, ou seja, qual a característica que as fazem diferentes. Em geral, em cada sistema temos uma declaração, e mais dois tratados. Segundo Mazzuoli, Declaração:

É expressão utilizada para aqueles atos que estabelecem certas regras ou princípios jurídicos, ou ainda, para as normas de Direito Internacional indicativas de uma posição política comum de interesse coletivo [...] Algumas dessas declaração comuns, não obstante o seu conteúdo substancial, não são tecnicamente tratados internacionais, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948<sup>25</sup>, o que não significa que esta última não seja detentora de força cogente pelo fato de integrar aquilo que se chama de *jus cogens* em direito das gentes (MAZZUOLI, 2011, p. 183).

<sup>22</sup> Correspondente à Declaração Universal dos Direitos Humanos.

<sup>23</sup> Correspondente ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos – PIDCP.

<sup>24</sup> Correspondente ao Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC.

<sup>25</sup> Bem como da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

Essas declarações possuem o conteúdo geral, e em regra mais abstrato, que dá o norte para a feitura de tratados internacionais propriamente ditos, e é nesse sentido que foram criados os dois tratados internacionais no campo global (PIDCP e PIDESC), bem como no sistema americano (Convenção Americana e Protocolo de São Salvador).

Por sua vez, esses tratados contém uma diferenciação temática, e essa diferenciação é entendida com base em uma classificação clássica que leva em conta a natureza dos direitos tratados. Aqui os direitos são considerados conforme sua “geração”<sup>26</sup>, ou seja, existiriam direitos de primeira, segunda, terceira, ou mais dimensões, conforme a doutrina que se adote.

Essa divisão coincide com as:

[...] três fases de proteção no processo de determinação dos direitos compreendidos como fundamentais: um primeiro momento voltado para os direitos civis e políticos; posteriormente, a previsão de uma segunda fase de proteção, destinada a prever os direitos sociais e econômicos; e, por fim, o terceiro momento de proteção de direitos, voltado às prerrogativas ligadas à fraternidade (encerrando o lema francês da Revolução de 1789: liberdade igualdade e fraternidade) (DIAS e MACHADO, 2017, p. 184).

Em um primeiro momento, cumpre o esclarecimento de que essa divisão não é estanque, ou seja, um direito considerado como de primeira dimensão, por vezes<sup>27</sup> gera a necessidade de proteção por intermédio de uma prestação estatal (o que caracterizaria como um direito de segunda dimensão). Neste sentido, inclusive, Furlaneto Neto e Santos trabalham com o direito à segurança pelo viés de segunda dimensão:

Os Direitos e garantias Fundamentais pontuadas na CF de 1988 permeiam a segurança sob duas vertentes: no *caput* do artigo 5º, enquanto direito e deveres individuais e coletivos, e no *caput* do artigo 6º, como Direito Social. Ressalta-se que, por tratar-se de cláusulas pétreas, não podem ser suprimidas nem por Emenda à Constituição, o que reforça a importância da segurança para todos, enfatizando o direito do cidadão à segurança e o dever do Estado em fornecer mecanismos para garantia da segurança pública (FURLANETO NETO e SANTOS, 2011, p. 206).

A caracterização, portanto, não significa em dizer que determinado direito seja

<sup>26</sup> Desconsidera-se, aqui, a utilização do termo “dimensões”, eis que “a discordância reside essencialmente na esfera terminológica” (SARLET, 2015, p. 45); e o termo “gerações” já se encontra dotado de seu significado jurídico, bastando constar aqui a ressalva do entendimento de que tal classificação não implica em dizer que em uma gradativa superação de uma geração por outra, e sim a existência de uma complementariedade entre elas.

<sup>27</sup> Ou ainda, na maioria dos casos.

exclusivamente de uma dimensão, mas sim, que seja proeminentemente daquela dimensão, resultando em um aparente caráter dúplice na grande maioria dos direitos, uma vez que os direitos de primeira dimensão quase sempre requerem prestação estatal para o seu cumprimento, e os direitos de segunda dimensão, em essência, servem a efetivar a dignidade humana, esta que possui intrínseca ligação com o direito à vida (POZZOLI e CRUZ, 2010, p. 33).

Melhor explicitando as dimensões dos direitos, temos que os direitos de primeira dimensão, que “engloba os chamados *direitos de liberdade*” (RAMOS, 2014, p. 55):

Trata-se de direitos que permitem aos indivíduos resistir a uma possível atuação do Estado. Nessas hipóteses, **E** (esfera do estado) não deve interferir (“entrar”) em **I** (esfera do indivíduo), sendo que o indivíduo pode repelir eventual interferência estatal, resistindo com vários meios que o ordenamento jurídico lhe oferece. Esses direitos *protegem* a liberdade do indivíduo contra uma possível atuação do Estado e, logicamente, *limitam* as possibilidades de atuação do Estado (DIMOULIS e MARTINS, 2014, p. 50).

Portanto, tais direitos não possuem como característica fundamental uma atuação positiva do Estado, e sim apenas a sua não invasão à esfera particular do indivíduo, ou melhor dizendo:

A essência do direito está na *proibição imediata de interferência imposta ao Estado*. Trata-se de um direito negativo, pois gera a *obrigação negativa* endereçada ao estado, a obrigação de deixar de *fazer* algo. Trata-se de uma obrigação de *abster-se da intervenção* na esfera da liberdade garantida pela Constituição (imperativo de omissão – *Unterlassungsgebot*) (DIMOULIS e MARTINS, 2014, p. 51).

Denota-se, portanto, que são direitos que impõem limites ao Estado perante o indivíduo, ou seja, são direitos que dão mais ênfase à liberdade do indivíduo, e possui aplicação mais facilitada, uma vez que somente exige uma atuação negativa do Estado. Encaixam-se nessa classificação o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos (no sistema global), e a Convenção Americana de direitos humanos (no sistema americano).

Por outro lado, os direitos da chamada segunda dimensão são direitos prestacionais, ou, ainda:

A categoria dos direitos de status positivus, também chamados de direitos “sociais” ou prestações, engloba os direitos que permitem aos indivíduos exigir determinada atuação do Estado, no intuito de melhoras suas condições de vida, garantindo os pressupostos materiais necessários para o exercício da liberdade, incluindo as liberdades de status negativus. O Estado deve agir no sentido indicado pela Constituição (E deve interferir na esfera I). De forma

simétrica, o indivíduo tem o direito (positivo!) de receber algo [...] (DIMOULIS e MARTINS, 2014, p. 53).

Difere, portanto, dos de primeira dimensão na medida em que estes não são respeitados apenas com omissão estatal. Não se trata de impor limites ao estado, e sim de chamar o estado à iniciativa, ao cumprimento de alguma prestação que venha proporcionar ao indivíduo a realização de alguma necessidade da qual o estado incumbiu-se como responsável de conceder.

Correspondem a essa categoria de direitos, no sistema global, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC, e no sistema americano, o Protocolo de São Salvador.

Essa divisão temática não se esgota nos direitos de primeira e segunda dimensão, contudo, são somente essas que importam ao presente trabalho, ao passo em que as normas gerais positivadas internacionalmente limitam-se ao tratamento dessas, sobretudo considerando os documentos internacionais já citados.

Contudo, a título de informação, há também quem utilize de caracterização em outras dimensões, como Bonavides, quem trabalhou:

[...] inclusive acrescentando alguns adicionais no pensamento genuíno de Karel Vasak com o cúmulo de uma quarta e quinta geração (dimensão) de direitos no pensamento que, originariamente, era composta apenas de três gerações (dimensões) de direitos, correspondente as três terminologias do lema revolucionário francês de 1789: Liberté, Égalité, Fraternité (Révolution Française, 1789-1799) (DIAS, 2017, p. 64).

Para Bonavides, existem os direitos de terceira dimensão, que constituem os relacionados à fraternidade (BONAVIDES, 2012, p. 587), os de quarta dimensão, relacionados à democracia, informação e ao pluralismo (BONAVIDES, 2012, pp. 589-590), e por fim, os de quinta dimensão, que consiste no direito à paz (BONAVIDES, 2012, p. 598).

Por fim, temos que esses tratados internacionais citados, tanto os de primeira, como os de segunda dimensão, serão utilizados como base para a análise comparativa a ser feita no próximo capítulo, e, por fim, já apresentada toda a evolução histórica e o conteúdo dos direitos humanos, bem como a sistemática de sua proteção, cabe realizar a análise normativa desses direitos.

De um todo, podemos concluir que este capítulo já demonstra um grande indício de comprovação da hipótese aventada, apesar de se tratar de conteúdo meramente histórico e de delineamento do problema de pesquisa.

Em um primeiro momento ficou nítida a importância da temática e o entrelaçamento

entre o direito internacional e os direitos humanos. A história dos dois ramos se cruza, o que permitiu um tratamento conjunto a partir de um determinado ponto histórico, identificando os fenômenos que se alimentam, da humanização do direito internacional, e da internacionalização dos direitos fundamentais.

A evolução dos direitos, em si, demonstrou uma forte tendência de direitos já conquistados servirem de fonte informativa para a criação ou nascimento de outros direitos; ou seja, a evolução dos direitos (fundada no não-retrocesso) é inteiramente marcada pela forte utilização de um direito mais antigo como fonte material para o avanço na conquista de direitos mais novos.

Portanto, constatada essa tendência, e exposto o sentido de “fonte material”, e de posse das divisões geográfica e temática dos direitos humanos, abriu-se espaço para trabalhar a parte normativa, onde serão utilizados como base de análise os tratados internacionais trabalhados neste capítulo.

## **2 ANÁLISE NORMATIVA DOS DIREITOS HUMANOS**

O objetivo da presente pesquisa é identificar se os direitos humanos funcionam como fonte material de produção dos direitos fundamentais. Essa tarefa envolve averiguar a interação entre as normas de direitos humanos e as normas de direitos fundamentais.

Para alcançar esse fim, é necessário, de um lado, conhecer a delimitação dos direitos humanos, o que se efetuou no primeiro capítulo, e de outro lado, aprofundar no conteúdo normativo existente, ou seja, ver de fato a interação entre as duas espécies normativas, identificando os pontos em comum, e eventuais divergências e intromissões no campo interno e internacional.

Portanto, propõe-se a análise normativa dos direitos humanos para verificar nas normas existentes, como é a interação de fato, propiciando expor conclusões atinentes a divergências, inovações, e níveis de proteção, para o que se dedicará o último capítulo.

Tal tarefa será realizada com o tratamento de cada direito em separado, fazendo um levantamento simultâneo das normas de direito interno e internacional que o protejam, identificando, assim, os pontos de interação e os níveis de proteção entre um campo normativo e outro.

Conforme já tratado no item 1.3.2, os direitos podem ser divididos em dimensões, o que será utilizado aqui para segmentá-los, trazendo na seção 2.1 os direitos de primeira dimensão, e na seção 2.2 os direitos de segunda dimensão, ao final das quais, traz um subitem a fim de expor sinteticamente o que se pode extrair, em um primeiro momento, dessa interação.

### **2.1 Direitos Humanos de Primeira Dimensão**

Conforme visto no item 1.3.2; esses direitos representam uma categoria em que há a proeminência de uma determinada circunstância: a abstenção estatal sobre o indivíduo. Esses direitos, então, servem para impor um limite o qual o Estado não pode ultrapassar, ressaltando o já mencionado caráter dúplice dos direitos de primeira e segunda dimensão.

Nessa categorização encontram-se os direitos à vida, à autodeterminação, às liberdades públicas, à personalidade jurídica, à igualdade, à privacidade, à nacionalidade, à família, à propriedade privada, à proibição à escravidão, e aos direitos relacionados à persecução penal; que serão tratados em uma análise comparativa de sua normatividade nacional (Constituição Federal), e internacional, que se dá sobretudo no PIDCP, e na Convenção Americana.



### 2.1.1 Direito à Vida

O direito à vida<sup>28</sup> é tratado pela Constituição Federal de maneira breve, com disposição no *caput* do art. 5º, apenas relatando que se garante aos brasileiros e residentes no País a inviolabilidade do direito à vida (BRASIL, 1988), sem grandes regulamentações neste ponto em específico. Segundo Silva (2006, p. 198) “A *vida humana*, que é o objeto do direito assegurado no art. 5º, *caput*, integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais)”.

Na proteção internacional, por sua vez, há também uma disposição breve sem grandes regulamentações, constando na DUDH, em seu artigo 3º a mera previsão de que todo indivíduo possui esse direito (Assembleia Geral da ONU, 1948), assim como na Declaração Americana, em seu primeiro artigo (OEA, 1948).

Consta no PIDCP, no item 1 de seu artigo 6, além da mera disposição, a determinação de que ninguém “[...] poderá ser arbitrariamente privado de sua vida [...]” (BRASIL, 1992a). A Convenção Americana, por fim, traz essas duas disposições e acrescenta uma conceituação, em seu artigo 4º, item 1, estipulando que a proteção dar-se-á “[...] desde o momento da concepção” (BRASIL, 1992c).

A vida é, pois, um direito básico de todo o ser humano, irradiando-se desta proteção a proteção a todos outros direitos, considerando-se que “[...] não é possível dar o direito a vida sem preservar um mínimo de dignidade ao ser humano, que é detentor deste direito” (POZZOLI e CRUZ, 2010, p. 33); e visando dar efetividade à dignidade é que os demais direitos humanos trabalham.

### 2.1.2 Direito à Autodeterminação

A autodeterminação possui uma especificidade, pois é um direito com viés de coletividade, ou seja, quem possui autodeterminação é um povo, e não um indivíduo em si. Dessa forma, não há a sua previsão no rol do artigo 5º da Constituição Federal, que trata dos “direitos e deveres individuais e coletivos” (BRASIL, 1988).

Sua previsão está, contudo, no artigo 4º da Constituição, que dispõe que: “A República

---

<sup>28</sup> Em sua disposição mais ampla, uma vez que a Constituição também fornece proteção à vida ao dispor sobre outros direitos, como a segurança, e em um certo nível, de todos os direitos sociais de que dependem a sobrevivência humana.

Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] III- autodeterminação dos povos” (BRASIL, 1988), configurando, portanto, um dos princípios os quais o Brasil irá se reger em suas relações internacionais, fazendo com que essa previsão não seja exclusivamente voltada ao próprio país, mas também, porventura, como exigência de cumprimento por outra nação em suas relações.

Sua normativa internacional consta do artigo primeiro do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (BRASIL, 1992a):

1. Todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural. 2. Para a consecução de seus objetivos, todos os povos podem dispor livremente de suas riquezas e de seus recursos naturais, sem prejuízo das obrigações decorrentes da cooperação econômica internacional, baseada no princípio do proveito mútuo, e do Direito Internacional. Em caso algum, poderá um povo ser privado de seus meios de subsistência. 3. Os Estados Partes do presente Pacto, inclusive aqueles que tenham a responsabilidade de administrar territórios não-autônomos e territórios sob tutela, deverão promover o exercício do direito à autodeterminação e respeitar esse direito, em conformidade com as disposições da Carta das Nações Unidas.

Há, portanto, uma especificidade no tratamento deste direito, uma vez que a sua regulamentação direciona a sua preocupação às relações entre os estados. Em regra geral, os tratados de direitos humanos voltam-se à proteção dos indivíduos contra violações pelo seu próprio Estado, ao passo em que este direito mostra uma clara preocupação em evitar a violação do direito de uma pessoa por um estado diverso do dele.

### 2.1.3 Direito às Liberdades Públicas

A liberdade da pessoa humana tem o seu tratamento segmentado, uma vez que não existe somente uma espécie de liberdade, mas várias. Nesse sentido, opta-se por dividir a liberdade em seu sentido mais amplo, que é a liberdade de locomoção, o que se faz no item 2.1.3.1, e as liberdades específicas, no item 2.1.3.2, abrangendo as liberdades de pensamento, expressão, religião e reunião.

Ademais, a liberdade também é tratada quando da discussão sobre a aplicação da lei penal, assunto tratado com maior profundidade nos direitos humanos, o que faz dedicar um item em específico para o seu tratamento (2.1.11).

### 2.1.3.1 Liberdade de Locomoção.

A liberdade de locomoção tem a sua proteção também no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, onde é garantida a sua inviolabilidade (BRASIL, 1988) e, segundo SARLET, MARINONI e MITIDIERO:

[...] sempre foi uma figura central para o sistema das liberdades fundamentais, de tal sorte que se constitui em presença constante desde a fase inaugural do constitucionalismo e mesmo na esfera de declarações de direitos anteriores, que a asseguravam (como já o fazia a Magna Carta Inglesa, de 1215) mediante a garantia do *habeas corpus* (2017, pp. 523-524).

Esse direito tem raízes antigas, portanto, e contém também uma previsão constante no inciso XV do mesmo artigo 5º: “XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens” (BRASIL, 1988).

Em sua disposição internacional, por sua vez, há a mera previsão do direito na Declaração Universal, em seu artigo 3º (Assembleia Geral da ONU, 1948), no primeiro artigo da Declaração Americana (OEA, 1948); no artigo 6, item I do PIDCP (BRASIL, 1992a), bem como no artigo 7º da Convenção Americana (BRASIL, 1992c).

### 2.1.3.2 Liberdades Específicas

A liberdade, que foi inicialmente analisada, tem o seu tratamento em específico também em liberdades específicas (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2017, p. 484), tanto nos direitos humanos quanto nos direitos fundamentais, dividindo-se basicamente em: Liberdade de Pensamento, Liberdade de Expressão e Liberdade de Reunião. Estes direitos são intrincados e por vezes tem o seu tratamento conjunto, dada a necessidade de um para a realização do outro, e a necessidade de todos eles para a garantia de uma democracia, fator este que gera um tratamento especial pelos direitos humanos, porquanto um Estado antidemocrático é propenso ao desrespeito de normas internacionais protetivas, gerando risco a todos os outros direitos humanos contidos nos tratados.

A Constituição Federal determina a inviolabilidade da liberdade de consciência, junto à liberdade de crença, em seu artigo 5º, inciso VI, traçando a proteção da manifestação do pensamento em seu inciso IV, bem como a liberdade de expressão “[...] da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (BRASIL,

1988), em seu inciso IX. Prevê, ainda, como princípio do ensino a liberdade de divulgação do pensamento, precisamente no artigo 206, inciso II, ao delinear as estruturas básicas da educação no País (BRASIL, 1988).

No campo internacional, a Declaração Universal oferece tratamento em artigos distintos, dedicando o seu artigo 18 à liberdade de pensamento, ao dispor que:

Artigo 18° Toda a pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, assim como a liberdade de manifestar a religião ou convicção, sozinho ou em comum, tanto em público como em privado, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pelos ritos (Assembleia Geral da ONU, 1948).

Observa-se um cuidado e atenção especial à liberdade de religião, que pode ser entendida como uma vertente da liberdade de pensamento. Isto dá-se em razão da grande preocupação internacional com a discriminação religiosa, e com estados confessionais munidos de intolerância, que fizeram parte da história da humanidade e aparentemente da atualidade. Não há a menção expressa que exija a laicidade estatal, mas de todo modo há a proibição de cerceamento desta liberdade.

O tratamento conjunto da liberdade de pensamento e de religião também é oferecido pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 18, que além de garanti-los em seu item 1, dispõe em seus itens seguintes que:

[...] 2. Ninguém poderá ser submetido a medidas coercitivas que possam restringir sua liberdade de ter ou de adotar uma religião ou crença de sua escolha. 3. A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas a limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas. 4. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais e, quando for o caso, dos tutores legais - de assegurar a educação religiosa e moral dos filhos que esteja de acordo com suas próprias convicções (BRASIL, 1992a).

Além de todo o cuidado com a preservação, em específico, da liberdade religiosa, esse dispositivo ainda traz o item 4, que serve como complementar ao ordenamento interno, que por sua vez não traz expressamente a menção de liberdade dos pais em fornecer educação religiosa e moral aos filhos.

Seguindo a mesma linha, a Declaração Americana também dispõe brevemente sobre a liberdade de pensamento em geral, englobando os “direitos à liberdade de investigação, de

opinião e de expressão e difusão do pensamento” (OEA, 1948) em seu artigo 4, ao passo em que fornece tratamento mais cuidadoso à liberdade religiosa, estipulando que: “Toda a pessoa tem o direito de professar livremente uma crença religiosa e de manifestá-la e praticá-la pública e particularmente” (OEA, 1948).

A Convenção Americana, por sua vez, além de prever a proteção desse direitos (pensamento e expressão) em conjunto, também traz a noção do que o mesmo vem a ser, que compreende: “[...] a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha” (BRASIL, 1992c).

Da mesma, forma, a Declaração Universal em seu artigo seguinte dita que a implicação dos direito à liberdade de pensamento a expressão implicam em no “[...] direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e idéias por qualquer meio de expressão” (Assembleia Geral da ONU, 1948), ao passo que o Pacto sobre Direitos Civis e Políticos estipula que “[...] esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.” (BRASIL, 1992a)

A liberdade de reunião, por fim, tem sua garantia na Constituição, em seu inciso XVI, dispondo que:

XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente; [...] (BRASIL, 1988).

Há, portanto, uma limitação ao direito, com uma simples regulamentação pela Constituição, afirmando que somente não poderá haver a frustração de outra reunião convocada para o mesmo local, e para tanto, exige-se o prévio aviso à autoridade. Frise-se que a exigência é de se avisar, e não de se buscar uma autorização.

Em uma análise da normativa dos direitos humanos sobre a matéria, percebe-se que os tratados que cuidam do tema “limitam as limitações” desse direito, para apenas os casos onde a limitação é necessária em uma sociedade democrática, aos interesses da segurança nacional ou da ordem pública. A disposição, inclusive, é feita com texto muito semelhante no PIDCP, em seu artigo 21 (BRASIL, 1992a), e na Convenção Americana de direitos humanos, em seu artigo 15 (BRASIL, 1992c).

#### 2.1.4 Direito à Personalidade Jurídica

O direito à personalidade jurídica, por sua vez, não é previsto na Constituição Federal diretamente, embora de certa maneira possa ser extraída da garantia da dignidade da pessoa humana, em seu artigo 1º, inciso III (BRASIL, 1988). Ao garantir a dignidade humana, está a se afirmar a consideração de qualquer pessoa como humana, e assim declará-la em plano de igualdade de maneira que esteja sob proteção e com o dever de respeito ao ordenamento jurídico.

A sua normatividade no plano interno é de responsabilidade do Código Civil, no artigo que inaugura esta norma, para a qual “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil” (BRASIL, 2002a).

Ao se verificar nos direitos humanos, temos a garantia da personalidade jurídica, com disposição breve e a menção de que esse reconhecimento se dará em todos os lugares, no artigo 6º da Declaração Universal (Assembleia Geral da ONU, 1948), no artigo 16 do PIDCP (BRASIL, 1992a); e no plano regional, no artigo 17 da Declaração Americana (OEA, 1948) e, por fim, no terceiro artigo da Convenção Americana (BRASIL, 1992c).

#### 2.1.5 Direito à Igualdade

A igualdade também tem a sua previsão no *caput* do art. 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), e atualmente, figura como pedra angular do constitucionalismo moderno, consistindo em um valor central para o direito constitucional (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2017, p. 674).

O direito à igualdade (ou isonomia) é um direito que tem, de um lado, a sua disposição mais genérica, como no *caput* da Constituição Federal (BRASIL, 1988), bem como uma preocupação mais aguda com alguns em que a experiência histórica revelou o tratamento discriminatório, como no caso da necessidade de existência da igualdade entre o homem e a mulher, que tem a sua previsão no inciso I do também artigo 5º da Constituição (BRASIL, 1988).

No campo internacional, de igual modo, há também menções genéricas, como a constante no artigo 7º da Declaração Universal, onde se afirma que:

Artigo 7º Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual protecção da lei. Todos têm direito a protecção igual contra qualquer

discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação (Assembleia Geral da ONU, 1948).

Assemelhando-se, portanto, ao Pacto sobre Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 26, que prevê que:

Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação (BRASIL, 1992a).

Nessa norma já há a enumeração dos motivos pelos quais se optou por deixar expressa a proibição de discriminação, sendo a raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem nacional ou social, situação econômica e nascimento.

No âmbito regional americano a previsão dá-se por meio da Declaração Americana, em seu artigo segundo (OEA, 1948), também contando com a referida enumeração, e da Convenção Americana, que em seu artigo 24 dispõe brevemente que: “Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei” (BRASIL, 1992c).

#### 2.1.5.1 Direito à Não Discriminação

O direito à não discriminação é oriundo do direito à igualdade, e uma proibição com a qual se pretende efetivar a isonomia da pessoa humana. Há uma grande relevância de tal tema para os direitos humanos, pois o desenvolvimento histórico das civilizações e dos direitos fundamentais foi fortemente marcado por discriminações e tratamentos diferenciados às pessoas.

As discriminações históricas (e contemporâneas) se realizaram em diferentes pontos de diferenciação de um ser humano de outros, fazendo com que houvesse tanto por parte do Estado, quanto por parte da própria sociedade<sup>29</sup>, um sentimento de superioridade, e inclusive, a não cessão de direitos civis a determinados agrupamentos de pessoas.

O desenvolvimento humano, e a clara conceituação da dignidade humana, auxiliaram

---

<sup>29</sup> O que também é inaceitável na temática dos direitos humanos e Fundamentais, pela aplicação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que preza pelo respeito também entre as pessoas dos direitos essenciais do ser humano.

a assunção de que a discriminação deve ser extirpada de todas as civilizações. Ao se negar que o ser humano seja medido por *valor*, impossibilita que se dê valores diversos a pessoas diversas, e abre-se para a afirmação de que todos são iguais, uma vez que portadores de dignidade (e não valor), única e exclusivamente por portarem a condição de pessoa humana.

Os fatores de discriminação são muitos, porém os de maior preocupação foram eleitos para uma proibição expressa no ordenamento interno e no ordenamento internacional. A Constituição Federal erigiu a sua preocupação com a discriminação a um objetivo fundamental da República, fazendo constar: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...]V - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).

Além disso, fez constar em específico, normas com proibições a discriminações específicas, como no caso do primeiro inciso do artigo 5º, que afirma que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações [...]” (BRASIL, 1988) a proibição de diferenciação salarial por motivo de sexo, idade, cor, ou estado civil (artigo 7, XXX), e a proibição de diferenciação do trabalhador com deficiência (artigo 7, XXXI) (BRASIL, 1988).

No campo internacional, há de início, no artigo 2º da Declaração Universal, a proibição de distinções “[...] de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação [...]” (Assembleia Geral da ONU, 1948), de igual maneira ao PIDCP, também em seu segundo artigo, e no sistema regional americano, na Convenção Americana, em seu primeiro artigo (BRASIL, 1992c).

#### 2.1.6 Direito à Privacidade

O direito à privacidade tem sua previsão nos incisos X, XI, e XII da Constituição Federal, que preveem, respectivamente, a garantia de sua inviolabilidade, a inviolabilidade da casa como asilo do indivíduo (traçando a exceção à essa regra), e no último inciso, a inviolabilidade de correspondência e de comunicação telegráfica, ressaltando neste último os casos de investigação penal (BRASIL, 1988).

A proteção a esse direito no campo internacional, por sua vez, é garantida pelo artigo 12 da Declaração Universal (Assembleia Geral da ONU, 1948), pelo item 1 do artigo 17 do PIDCP (BRASIL, 1992a), pelo também artigo 17 da Declaração Americana (OEA, 1948), bem como pelos itens 2 e 3 do artigo 11 da Convenção Americana (BRASIL, 1992c); dispositivos estes que se limitam a prever a proibição de intromissão arbitrária ou ilegal na vida privada da



pessoa humana, e a garantia da proteção da lei a esse direito.

### 2.1.7 Direito à Nacionalidade

O direito à nacionalidade tem uma especificidade na comparação do ordenamento interno com o ordenamento internacional. Trata-se de um direito que a sua garantia e proteção depende diretamente de norma estatal, ou seja, o mandamento contido nas normas internacionais é para o estado prover a nacionalidade, e não para que garanta o direito a nacionalidade, pois é o Estado quem materialmente tem condições de ceder ou não a nacionalidade à pessoa.

Não haveria, então, no plano interno uma norma que simplesmente dissesse que garantiria a nacionalidade sem assim fazer, pois ocorreria em incongruência. Portanto, cumpriu à Constituição Federal somente ditar as regras para quem a nacionalidade é concedida, o que o faz em seu artigo 12, prevendo quem são os brasileiros natos e os naturalizados, e em seus parágrafos os direitos que decorrem da nacionalidade e as hipóteses taxativas de sua perda (BRASIL, 1988).

No plano dos direitos humanos há a previsão de sua garantia pelo artigo 15 da Declaração Universal (Assembleia Geral da ONU, 1948), e pelo item 3 do artigo 24 do PIDCP (BRASIL, 1992a), havendo no sistema regional de proteção uma regulamentação um pouco mais incisiva, com a previsão de possibilidade de mudança de nacionalidade na Declaração Americana, em seu artigo 19 (OEA, 1948), e a disposição de que toda “[...] pessoa tem direito à nacionalidade do Estado em cujo território houver nascido, se não tiver direito a outra [...]” (BRASIL, 1992c).

Essa última norma trata de oferecer uma proteção à chamada apátrida, que é a condição da pessoa que não possui uma nacionalidade, forçando que em último caso o Estado deverá adotar o critério de *jus soli*<sup>30</sup> para a pessoa que teria a condição de apátrida. Assim, uma vez signatário à Convenção, o Estado seria obrigado a oferecer essa condição ainda que se adotasse no geral o critério *jus sanguini*.

### 2.1.8 Direito à Família

---

<sup>30</sup> Expressão que caracteriza a opção de um Estado de fornecer a nacionalidade a pessoas que nasceram em seu território, em contrapartida aos estados que se utilizam do critério *jus sanguini*, ou seja, que concedem a cidadania às pessoas que possuem vínculo familiar sanguíneo com seus nacionais.

O direito à família é regulamentado de maneira mais extensa, tanto no plano internacional quanto no plano interno, neste contendo a previsão no artigo 5º, no inciso XXX o direito à herança, e no inciso seguinte a garantia da “[...] sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do "de cujus" (BRASIL, 1988).

As especificidades do direito à família, contudo, tiveram tratamento separado na Constituição, em seu capítulo 7 do título 8, em especial nos artigos 226 ao 230, que prevê sobre o casamento a gratuidade de sua realização, os efeitos civis do casamento religioso, o reconhecimento da união estável, a igualdade entre o homem e a mulher, a liberdade do planejamento familiar, a assistência do Estado para coibir a violência (artigo 226), a inimputabilidade dos menores de dezoito anos (artigo 228), e a reciprocidade de cuidados dos pais com os filhos, e posteriormente em suas velhices, dos filhos com os pais (artigo 229), bem como o amparo aos idosos pela família, sociedade e Estado (artigo 230) (BRASIL, 1988).

Há, ainda, no artigo 227, a previsão de direitos prestacionais e garantias às crianças e adolescentes, com a previsão de criação, por lei, de um estatuto da juventude, com a função de regulamentar e garantir os direitos enumerados no §3º e o estabelecimento de um plano nacional da juventude (BRASIL, 1988).

Por sua vez, o tratamento normativo pelos direitos humanos, apesar de oferecer regulamentação extensa, limita-se a direitos e proteções mais básicas direcionadas à família. Em suma, há uma simples previsão de proteção à família pela Declaração Americana, em seu artigo 6 (OEA, 1948); e em outros três tratados: a Declaração Universal (Assembleia Geral da ONU, 1948), o PIDCP (BRASIL, 1992a), e a Convenção Americana (BRASIL, 1992c); a exigência de idade núbil<sup>31</sup>, a proibição de discriminação, a igualdade de direitos entre o homem e a mulher, e o livre consentimento.

Percebe-se um tratamento uniforme no plano interno e internacional no que diz respeito à consideração de importância da família para a sociedade, que é tida como elemento natural ou fundamental da sociedade em todos os tratados citados, e na Constituição Federal é considerada como a “base da sociedade” (BRASIL, 1988).

Interessante questão nesta temática é a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo. Em termos normativos não existe essa disposição, havendo, inclusive, a previsão

---

<sup>31</sup> Os tratados não estipulam qual a idade núbil, mas preveem que esta deverá ser uma exigência para o casamento. No Brasil, coube à lei infraconstitucional indicar a idade núbil, precisamente no Código Civil, em seu artigo 1517, fazendo constar, em regra, a idade de dezesseis anos (BRASIL, 2002a).

de que o casamento é instituição atinente ao homem e a mulher, conforme artigo 16 da Declaração Universal, prevendo que: “[...] o homem e a mulher têm o direito de casar [...]” (Assembleia Geral da ONU, 1948).

Da mesma forma no artigo 23 do PIDCP: “[...] Será reconhecido o direito do homem e da mulher de, em idade núbil, contrair casamento[...]” (BRASIL, 1992a), assim como no item 2 do artigo 17 da Convenção Americana, que estipula que: “[...] É reconhecido o direito do homem e da mulher de contraírem casamento [...]” (BRASIL, 1992c).

Contudo, tais normas constam de uma proteção básica e mínima, não havendo impedimento para que os Estados adotem essa espécie de seu casamento em seu plano interno. Há, portanto, um arcabouço normativo internacional que cria a sustentação dos direitos mais essenciais, que exige o reconhecimento, no mínimo, do casamento do homem e da mulher; e a preocupação de que este direito (assim como os outros) não seja lido e interpretado de maneira excludente é positivada no item 2 do artigo 5 do PIDCP<sup>32</sup>, onde consta que:

2. Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte do presente Pacto em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau (BRASIL, 1992a).

Existe, assim, a possibilidade dos estados aderentes previrem em seu plano interno a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo, sem que haja nenhuma ofensa à normatividade internacional, que não dispensou nenhuma proibição e sequer tratou de maneira taxativa o casamento como sendo somente o celebrado entre o homem a mulher.

No que diz respeito à família, temos, ainda, a previsão de direitos prestacionais pelo Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre direitos humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “Protocolo de São Salvador”, que em seu artigo 15 estipula que:

[...] 1. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pelo Estado, que deverá velar pelo melhoramento de sua situação moral e material. 2. Toda pessoa tem direito a constituir família, o qual exercerá de acordo com as disposições da legislação interna correspondente. 3. Os Estados Partes comprometem-se, mediante este Protocolo, a proporcionar adequada proteção ao grupo familiar e, especialmente, a: a. Dispensar atenção e assistência especiais à mãe, por um período razoável, antes e depois do parto; b. Garantir às crianças alimentação

---

<sup>32</sup> Dispositivo sobre o qual se pretende abrir uma discussão mais profunda no último capítulo.

adequada, tanto no período de lactação quanto durante a idade escolar; c. Adotar medidas especiais de proteção dos adolescentes, a fim de assegurar o pleno amadurecimento de suas capacidades físicas, intelectuais e morais; d. Executar programas especiais de formação familiar, a fim de contribuir para a criação de ambiente estável e positivo no qual as crianças percebam e desenvolvam os valores de compreensão, solidariedade, respeito e responsabilidade (OEA, 1988).

Demonstrando, assim, uma tratativa bem mais extensa à família do que para com outros direitos, como a vida e a liberdade propriamente dita. Contudo, não há como se afirmar de pronto que esta diferença de tratamento simboliza uma maior importância de um direito frente a outro, pois a elaboração de normas internacionais carrega a preocupação de manutenção, respeito, e promoção da soberania do Estados, fazendo com que determinados direitos proporcionem uma dificuldade maior de um tratado imiscuir-se.

#### 2.1.9 Direito à Propriedade Privada

O direito da propriedade privada, assim como os mais clássicos direitos não-prestacionais, tem também a sua previsão no *caput* da Constituição Federal, que garante a sua inviolabilidade (BRASIL, 1988), com regulamentação mais precisa em seus incisos XII a XVI, iniciando com a afirmação de que “XII – é garantido o direito de propriedade” (BRASIL, 1988), e respectivamente: exige o atendimento de sua função social, prevê a possibilidade de desapropriação e de requisição administrativa<sup>33</sup>, e a impossibilidade de penhora da propriedade rural (BRASIL, 1988).

Ainda, a Constituição, em seu artigo 170, coloca a propriedade como princípio da Ordem Econômica, ao lado de sua função social, da soberania nacional, da livre concorrência, da defesa do consumidor, da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais, da busca pelo pleno emprego, e do tratamento favorecido às empresas de pequeno porte. Consistindo um conjunto de princípios, observados os quais a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, teria por finalidade assegurar a todos uma existência digna (BRASIL, 1988).

A normativa internacional nesta temática<sup>34</sup> não desce à minúcia de estabelecer a

<sup>33</sup> Instituição do Direito Administrativo que faculta ao Estado, em determinadas circunstâncias, fazer o uso da propriedade privada.

<sup>34</sup> Não há o tratamento da propriedade pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, que seria o tratado que, na teoria, deveria cuidar do tema no plano internacional, dando maiores efeitos à previsão da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

propriedade como sustentáculo da ordem econômica, como fez a Constituição. A Declaração Universal, em seu artigo 17 apenas afirma o direito de propriedade e a proibição de sua privação arbitrária (Assembleia Geral da ONU, 1948), ao passo que a Declaração Americana traz uma raiz do que se convencionou chamar de “função social”, ao prever em seu artigo 23 que: “Toda pessoa tem direito à propriedade particular correspondente às necessidades essenciais de uma vida decente, e que contribua a manter a dignidade da pessoa e do lar.” (OEA, 1948).

Contudo, há que se ter em conta um cuidado com a abordagem dessa “função social”. A Declaração trabalha com o sentido de que “toda pessoa deve ser atendida em suas necessidades com a propriedade particular”, ao passo em que, internamente, a lógica se inverte, convertendo-se em que “toda a propriedade deve atender a necessidades de alguém”.

Cuida-se, assim, de fornecer um início de previsão de uma função para a propriedade, estipulando que esta deve servir às necessidades essenciais e contribuir para a dignidade da pessoa; fazendo com que a Convenção Americana fosse um pouco além, estipulando em seu artigo 21 que:

1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social. 2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei. 3. Tanto a usura como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem devem ser reprimidas pela lei (BRASIL, 1992c).

Este dispositivo, por sua vez, prevê literalmente a subordinação do uso e gozo da propriedade ao interesse social, além de realizar um mandamento de repressão<sup>35</sup> a todas as formas de exploração do homem.

#### 2.1.10 Proibição à Escravidão

A proibição à escravidão, por sua vez, não tem tratamento expresso na Constituição Federal. Há, contudo, um arcabouço de exigências mínimas que regula o trabalho, em seu artigo 7º, aprofundando as exigências, e que, se cumpridas, fazem desnecessária a previsão de proibição à escravidão.

---

<sup>35</sup> Nota-se que no presente caso não se trata de um “Mandado de Criminalização”, o que é mais usual nas normas de direitos humanos, uma vez que não há a determinação de que esta repressão seja feita por tipificação da conduta como crime.

### 2.1.11 Direitos na Persecução Penal

Além das espécies de direitos já analisadas, há ainda os direitos relacionados à responsabilização penal, ou seja, ao cerceamento de liberdade como apenamento em razão de cometimento de conduta tida como um ilícito penal pelo ordenamento jurídico. Esses direitos podem ser divididos em: proibição de prisão arbitrária, presunção de inocência, prévia cominação legal, proibição à pena de morte, dignidade na prisão, proibição de prisão civil, e duplo grau de jurisdição.

#### 2.1.11.1 Proibição de Prisão Arbitrária

Essas previsões no plano interno constam do artigo 5º da Constituição Federal, e de início, a proibição da prisão arbitrária encontra-se, em especial, nos incisos LIV, LXI, e LXV. Em suma, há a previsão de que “ninguém será privado da liberdade [...] sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988), seguida da disposição que indica as únicas possibilidades das prisões em flagrante ou por ordem de autoridade judiciária, e o mandamento para que as prisões ilegais sejam imediatamente relaxadas pela autoridade judiciária.

No sistema universal de proteção aos direitos humanos, há já na Declaração universal, em seu artigo 9º, a proibição da prisão arbitrária (Assembleia Geral da ONU, 1948), com um delineamento mais preciso no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que em seu artigo 9º, além de proibir a prisão arbitrária, traz requisitos para a feitura da prisão (como na Constituição Federal), e trata da prisão preventiva como exceção (BRASIL, 1992a). O sistema regional americano, de igual modo prevê a proibição da prisão arbitrária, na Declaração Americana, em seu artigo XXV (OEA, 1948), e na Convenção Americana, em seu artigo 7º, item 3 (BRASIL, 1992c).

Em busca de evitar a ocorrência de prisões arbitrárias, há a previsão de que, ao se efetuar a prisão, a autoridade judiciária deverá tomar o conhecimento, fazendo com que de maneira rápida se proporcione o relaxamento de uma eventual prisão ilegal ou arbitrária. Essa garantia tem a sua previsão constitucional no artigo 5º, inciso LXII, que dispõe que: “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente [...]”

Essa previsão tem grande relevância no Brasil, uma vez que esse tema fora pautado no ambiente jurídico, resultando em uma Resolução do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que impôs a realização de “audiência de custódia” em um prazo de 24 horas da realização da prisão.

Contudo, a fundamentação dessa Resolução, de número 213 de 15 de dezembro de 2015, fora a normativa internacional, em especial o artigo 9º, item 3 do PIDCP, e o artigo 7º, item 5, da Convenção Americana (CNJ, 2015).

O item 3 do artigo 9º do PIDCP, considerado para a emissão da resolução do CNJ, estipula que: “[...] 3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade” (BRASIL, 1992a)

No plano regional, o dispositivo da Convenção, por sua vez, garante que:

[...] 5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. [...] (BRASIL, 1992c).

Ainda, tratando do mesmo tema, e não utilizado como fundamentação<sup>36</sup> na Resolução, a Declaração Americana, em seu artigo XXV, também dispõe que: “[...] Todo indivíduo, que tenha sido privado da sua liberdade, tem o direito de que o juiz verifique sem demora a legalidade da medida, e de que o julgue sem protelação injustificada, ou, no caso contrário, de ser posto em liberdade” (OEA, 1948).

Portanto, há na normativa internacional, em três dos quatro<sup>37</sup> documentos gerais que cuidam da matéria, a exigência de que, ou seja levado à presença do juiz, ou que este, ao menos, verifique a legalidade da medida. Contudo, estes documentos não estipulam um tempo para que tal medida seja tomada, limitando-se a exigir que seja “sem demora”, ou em um “prazo razoável”. Dessa forma, embora a Resolução seja baseado nesse conteúdo normativo, a fixação de um prazo extrapola o contido nos tratados<sup>38</sup>.

#### 2.1.11.2 Direito à Presunção de Inocência

Outro direito que é de importância a um Estado de Direito, é a presunção de inocência, que têm guarida constitucional no inciso LVII do artigo 5º, garantindo que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;” (BRASIL,

<sup>36</sup> Em outras palavras, não listado nos “Considerandos” da referida Resolução.

<sup>37</sup> Somente não havendo a disposição na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

<sup>38</sup> Não cabendo aqui o julgamento da correção ou não da Resolução em tratar o tema assim.

1988). Internacionalmente, essa proteção consta da Declaração Universal, no item 1 de seu artigo 11:

Artigo 11° 1. Toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas (Assembleia Geral da ONU, 1948).

O tratado onusiano, seguindo a mesma linha, também dispõe, em seu artigo 14, que “2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.[...]” (BRASIL, 1992a), bem como, regionalmente, a Declaração Americana em seu artigo XXVI (OEA, 1948), e a Convenção Americana em seu artigo 8, item 2, quando trata das “Garantias judiciais” (BRASIL, 1992c).

#### 2.1.11.3 Direito à Prévia Cominação Legal

Relacionado à aplicação do Direito Penal, há também o direito de que seus fatos somente sejam averiguados como crime, quanto este tenha uma “previa cominação legal”, ou seja, para que um fato seja crime, há a necessidade de haver uma “tipificação” do ato, essa tipificação tem que ser feita por meio de lei, e essa lei tem que ser anterior ao crime.

Essa garantia consta na Constituição Federal com a disposição de que: “XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1988). E esse direito está previsto, também, no artigo 11 da Declaração Universal (Assembleia Geral da ONU, 1948), no artigo 9º da Convenção Americana (BRASIL, 1992c), e no PIDCP, em seu artigo 15 (BRASIL, 1992a). Essas disposições são tratadas em conjunto com a garantia da irretroatividade, e da retroatividade benéfica.

#### 2.1.11.4 Proibição à Pena de Morte

A pena de morte também mereceu tratamento normativo internacional e interno. Sua proibição na Constituição Federal consta do inciso XLVII, alínea *a* do artigo 5º, com a redação: “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX [...]” (BRASIL, 1988). Há, portanto, uma proibição genérica da existência da pena de morte, e uma exceção expressa.

Os direitos humanos, por sua vez, oferecem tratamento diverso sobre o tema, com



enfoques diferentes no sistema universal e regional de proteção. Universalmente, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 6º, estipula que:

[...] 2. Nos países em que a pena de morte não tenha sido abolida, esta poderá ser imposta apenas nos casos de crimes mais graves, em conformidade com legislação vigente na época em que o crime foi cometido e que não esteja em conflito com as disposições do presente Pacto, nem com a Convenção sobre a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio (BRASIL, 1992a).

O tratado, portanto, tomou a posição de proibir a pena de morte em estados que já a tenham abolida, permitindo que essa seja aplicada somente por estados que ainda não tenham revogado essa possibilidade. Resulta, assim, uma norma com viés de evolução, fazendo com que não seja proibida propriamente a pena de morte, mas sim uma “involução” que levaria a institucionalizá-la novamente mesmo após sua abolição no sistema interno.

Esse mesmo artigo do PIDCP segue impondo restrições à aplicação dessa espécie de pena, como a exigência de trânsito em julgado para a execução, o direito de o condenado pedir indulto ou comutação, a proibição de aplicação em menores de dezoito anos e em grávidas, e a preocupação em não transformar a aplicação da pena de morte em um genocídio estatal (BRASIL, 1992a).

Já no sistema regional americano de proteção, a Convenção Americana prevê, da mesma forma, a proibição da “involução” dos Estados a permitirem novamente a pena no caso de já ter sido abolida no sistema, e indo além do PIDCP, também proíbe a sua execução para os maiores de setenta anos e em casos de delitos políticos (BRASIL, 1992c).

Contudo, há um complemento normativo à Convenção Americana, mais precisamente o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte, adotado em Assunção, em 8 de junho de 1990, e assinado pelo Brasil em 7 de junho de 1994; que teve a sua promulgação no Brasil pelo Decreto nº 2.754, em 1998. “Protocolo” é uma nomenclatura dada a um tratado internacional, que usualmente cumpre tarefa semelhante às de Emenda Constitucionais no plano interno, porém tem a natureza jurídica de um tratado internacional, e se submete ao mesmo procedimento para a sua internalização nos estados.

Dessa forma, esse Protocolo dependeria de nova adesão dos estados, o que fora feito pelo Brasil, que o promulgou internamente. Já em seu artigo primeiro há a proibição incondicional, constando que: “Os Estados-Partes neste Protocolo não aplicarão em seu território a pena de morte a nenhuma pessoa submetida a sua jurisdição” (BRASIL, 1998), evoluindo o sistema americano, portanto, de uma mera proibição de retrocesso de garantia, para

a proibição expressa da pena de morte.

Em seguida, o Protocolo cuida de trazer situação de exceção, em que “os Estados-Partes neste instrumento poderão declarar que se reservam o direito de aplicar a pena de morte em tempo de guerra, de acordo com o direito internacional, por delitos sumamente graves de caráter militar.” (BRASIL, 1998). Neste caso, o Protocolo abre a possibilidade para que se efetue o que é chamado no direito internacional como “reserva”.

A reserva é fenômeno incidente sobre os tratados coletivos, ao término de cuja negociação nem todos os Estados partícipes terão apreciado positivamente cada uma das normas que compõem o texto. Ela é a maneira de tornar possível que, entendendo inaceitável apenas parte – em geral mínima, ou, quando menos, limitada – do compromisso, possa o Estado, não obstante, ingressar em seu domínio jurídico (REZEK, 2011, pp. 90-91).

Trata-se, assim, de propiciar ao Estado que diga discordar de parte do tratado, e fazer com que essa parte não produza efeitos a ele. Sobre a aplicação deste instituto nos tratados de direitos humanos, Antonio Augusto Cançado Trindade afirma que:

Urge, com efeito, proceder a uma ampla revisão do atual sistema de reservas a tratados multilaterais consagrado nas duas Convenções de Viena sobre Direito dos Tratados (de 1969 e 1986), – sistema este, a nosso modo de ver, inteiramente inadequado aos tratados de direitos humanos (TRINDADE, 1997, p. 169).

Aberta essa possibilidade, então, o Brasil fez constar a reserva a esse ponto, constando na parte preliminar do Decreto de promulgação, o seguinte:

CONSIDERANDO que o Governo brasileiro depositou o Instrumento de Ratificação do referido Protocolo, em 13 de agosto de 1996, com a aposição de reserva, nos termos do Artigo II, no qual é assegurado aos Estados Partes o direito de aplicar a pena de morte em tempo de guerra, de acordo com o Direito Internacional, por delitos sumamente graves de caráter militar [...] (BRASIL, 1998).

Dessa forma, a possibilidade excepcional da Constituição, de aplicar a pena de morte em casos de guerra está em consonância com os direitos humanos. Contudo, a aplicação dessa espécie de pena nos demais casos está vedada pelo próprio Protocolo, que em termos de conteúdo é uma parte integrante da Convenção Americana de Direitos Humanos.

#### 2.1.11.5 Proibição de Prisão Civil

A proibição da prisão civil, no Brasil, traz um interessante caso de interação das normas de direitos fundamentais e de direitos humanos. Internamente consta na Constituição Federal, no inciso LXVII do artigo 5º que: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel” (BRASIL, 1988). Há, portanto, a proibição geral de prisão civil, e posteriormente a menção de duas exceções: a prisão do devedor de alimentos, e do depositário infiel.

Na normativa internacional, por sua vez, a Convenção Americana, em seu artigo 7º, determina que “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar” (BRASIL, 1992c). Esta norma, como se percebe, avança na garantia ao ser humano, limitando a prisão por dívida à apenas uma exceção: a do devedor de alimentos.

Com base nisso, e considerando a norma americana mais restritiva, o Supremo Tribunal Federal entrou em discussão, e decidiu pela impossibilidade da prisão do depositário infiel, e formulou a Súmula Vinculante nº 25, ditando que “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito” (STF, 2009).

Essa súmula é tomada com fundamentação no dispositivo da Convenção Americana, e no PIDCP, em especial em seu artigo 11, que dispõe que: “Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual.” (BRASIL, 1992a). E este dispositivo leva a uma questão ignorada no campo jurídico e no estudo do direito, uma vez que não há nele nenhuma exceção, nem a do caso do depositário infiel.

Dessa forma, há que se entender que, pelo PIDCP, está proibida toda e qualquer prisão por descumprimento de uma obrigação contratual, e isso pode levar a consequência de se proibir, também, a prisão civil do devedor de alimentos; uma vez que somente se pode extrair uma exceção a um Direito Humano, que venha do próprio texto, como é feito na norma da Convenção Americana, que em interpretação entendeu-se que a prisão somente seria permitida na hipótese aventada no próprio artigo, como exceção à regra (depositário infiel).

Sem um aprofundamento maior sobre a temática, que descabe nesse momento e nesse trabalho, tem-se que, a única maneira de se entender que a prisão do devedor de alimentos seria permitida no Brasil, seria entendendo que essa norma do PIDCP não abrange essa espécie de prisão, e esse entendimento é plausível, uma vez que o artigo, ao contrário da Convenção Americana, está a falar de “obrigação contratual”.

A “obrigação contratual”, em termos dogmáticos, contrapõe-se à “obrigação legal”; e

a rigor, tanto a obrigação do depositário, quanto a obrigação de pagar alimentos, vêm de lei, em regra. Portanto, o PIDCP não estaria a tratar nem de um e nem de outro caso, razão pela qual aparenta ser um equívoco o Supremo Tribunal Federal ter utilizado esta norma para fundamentar a proibição da prisão do depositário infiel.

De outro lado, há que se fazer a ressalva de que, por essas razões, uma eventual execução de alimentos fundada em contrato, não pode gerar a prisão civil do devedor. E essa ressalva tem aplicação prática, uma vez que não é tão incomum a situação de cônjuges divorciados que acordam na prestação de alimentos.

#### 2.1.11.6 Direito ao Duplo Grau de Jurisdição

A garantia a um “duplo grau de jurisdição” é matéria também de grande valia no estudo da interação das normas internas com as normas internacionais, uma vez que não consta na Constituição Federal a sua menção expressa, e mesmo dessa forma esse direito é tomado pelos processualistas como um princípio processual.

Os direitos humanos abordam esse tema em conjunto com as normas sobre direito penal, mais precisamente direito processual penal. O PIDCP, em seu artigo 14, declara que: “[...] Toda pessoa declarada culpada por um delito terá direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei (BRASIL, 1992a).

Da mesma forma, a Convenção Americana, ao tratar das garantias mínimas no processo penal, em seu artigo 8º, item 2, alínea “h”, menciona o “[...] direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior” (BRASIL, 1992c). Assim, tanto no sistema universal de proteção, quanto no sistema regional americano, há a garantia do duplo grau de jurisdição, enquanto no próprio plano interno não há esta garantia.

#### 2.1.12 Síntese do conteúdo dos Direitos de primeira dimensão frente ao direito interno

A comparação entre as normas de direito interno e internacional nas temáticas apresentadas demonstram algumas situações. Aparentemente o que se tem de mais nítido é um equívoco na formulação retórica no país, do que vem a ser os direitos humanos.

Em um trabalho comparativo, a grande questão que se levanta é concluir o “nível de proteção” dos direitos, ou seja, se os direitos humanos são mais protetivos do que os direitos fundamentais. Contudo, esse “nível de proteção” não tem parâmetros objetivos para que se faça uma análise.

A forma que se apresenta mais viável de se fazer isso é considerar o que temos, de maneira empírica, como maior proteção de direitos, que se confunde com “pautas progressistas”, tanto no ambiente jurídico, acadêmico e intelectual. Ou seja, empiricamente há na sociedade a concepção de que, quanto mais o direito se aproxima de pautas progressistas, mais protetivo ele é. Utilizaremos, portanto, dessa “régua”, para a averiguação pretendida.

De início, há a menção da proteção à vida, desde o momento da concepção, conforme apresentado no item 2.1.1, ceifando a hipótese de internamente se prever a realização indiscriminada de aborto, ao menos que se assuma um desrespeito à Convenção Americana.

De outro lado, a família é considerada como elemento fundamental da sociedade, e situações como o casamento entre pessoas do mesmo sexo não tem como ser imputado como uma exigência expressa dos direitos humanos, e nesse assunto as normas internas estão mais avançadas, com conteúdo jurisprudencial mais permissivo do quanto contido nos próprios direitos humanos.

As normas referentes à persecução penal, por sua vez, ficam um passo aquém das normas internas, ou seja, há uma maior limitação do estado-punitivo no direito interno, de maneira que também se mostra equivocado imputar aos direitos humanos um direito penal com viés mais abolicionista. Exceção a isso se encontra na prisão por dívida, tendo uma limitação maior à atuação estatal pelos direitos humanos.

No plano internacional, inclusive, há a garantia da segurança pessoal junto à garantia de liberdade, como no artigo 9º no PIDCP, que dita que toda pessoa tem direito “à liberdade e à segurança pessoais” (BRASIL, 1992a), da mesma forma que o artigo 7º da Convenção Americana (BRASIL, 1992c). Esse tratamento conjunto impõe uma ponderação entre os dois direitos, não permitindo que se dissolva o equilíbrio na repressão penal.

Sem entrar no mérito de nenhuma dessas pautas, pode-se concluir que os direitos humanos não podem ser responsabilizados como seus propulsores; de maneira que, sob essas considerações, há um aprofundamento maior dos direitos fundamentais no que é considerado como “mais protetivo”, tratando-se de direitos de primeira dimensão.

## **2.2 Direitos Humanos de Segunda Dimensão**

Nessa categorização encontram-se os direitos à educação, à seguridade social, à cultura, à saúde, e ao trabalho. Esses direitos têm tratamento predominantemente em documentos diversos dos tratados anteriormente; enquanto aqueles eram encontrados em sua maioria no Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos – PIDCP, e na Convenção

Americana sobre Direitos Humanos, esses constam do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC, e no Protocolo de São Salvador.

Ao contrário dos direitos de primeira dimensão, espera-se destes um tratamento mais ameno, mais recuado por parte do direito internacional, sendo que envolvem políticas públicas, e a comunidade internacional não deve se imiscuir em uma parte considerada como escolhas soberanas em efetivas os direitos.

Os direitos sociais possuem um tratamento em geral, com disposições genéricas, avançando para o trato dos direitos em específico (educação, cultura, associação e saúde), e isso acontece tanto no plano interno (no artigo 6º da Constituição Federal), quanto no plano internacional.

Internamente, cumprindo esse papel, o artigo 6º expõe que:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988).

Traz, assim, uma enumeração dos direitos sociais a serem garantidos pelo Estado, e que em disposições mais específica oferece regulamentações e patamares mínimos de cumprimento, uma vez que a característica essencial de tais direitos é a necessidade de uma prestação estatal.

As normas de direitos humanos, em seus dispositivos mais genéricos não somente listam os direitos, mas explicitam quais as suas funções, como a Declaração Universal em seu artigo 25:

“Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade. [...] (Assembleia Geral da ONU, 1948).

Além das disposições sobre a saúde, alimentação, vestuário, e assistência médica; o dispositivo prevê direitos de seguridade, que seriam cedidos à pessoa humana por ações assistenciais ou por uma previdência, ou seja, viriam gratuitamente por parte do Estado ou via relação contraprestacional, que é o caso da previdência social, que no Brasil é o meio que oferece a segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez e na velhice.

De maneira mais incisiva e com inovações, o PIDESC vem, além de garantir direitos, propor meios que auxiliariam o Estado nessa garantia, uma vez que por ele os Estados reconhecem o direito de toda pessoa à “[...] melhoria contínua de suas condições de vida” (BRASIL, 1992b), enaltecendo o que consta já na Convenção Americana, denominado de “desenvolvimento progressivo”, em seu artigo 26, prevendo que:

Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados (BRASIL, 1992c).

No ponto em que propõe ações para alcançar esse fim, o documento tem teor semelhante ao que consta no PIDESC, este que afirma que os “[...] Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento” (BRASIL, 1992b).

Portanto, há o compromisso dos Estados em se tornarem permeáveis a auxílios que venham de outras nações, pela cooperação internacional, havendo a ressalva de que isso será feito com base no livre consentimento, fazendo permanecer a soberania estatal. Ainda, preocupa-se com a proteção contra a fome estipulando que para a sua concreção, os Estados, mediante ação individual ou cooperação internacional:

[...] adotarão [...] as medidas, inclusive programas concretos, que se façam necessárias para: a) Melhorar os métodos de produção, conservação e distribuição de gêneros alimentícios pela plena utilização dos conhecimentos técnicos e científicos, pela difusão de princípios de educação nutricional e pelo aperfeiçoamento ou reforma dos regimes agrários, de maneira que se assegurem a exploração e a utilização mais eficazes dos recursos naturais; b) Assegurar uma repartição equitativa dos recursos alimentícios mundiais em relação às necessidades, levando-se em conta os problemas tanto dos países importadores quanto dos exportadores de gêneros alimentícios (BRASIL, 1992b).

Os direitos sociais, portanto, em suas previsões mais genéricas, demonstram um tratamento mais incisivo com apontamentos de caminhos os quais os Estados deverão seguir, estimulando a cooperação internacional para o combate à problemas sociais que com a

revolução dos direitos humanos foram alçados à condição de problemas universais.

### 2.2.1 Direito à Educação

No que atine à educação, primeiramente, analisando-se o plano global, vemos que a educação é tratada pelo art. 26º da Declaração Universal de Direitos Humanos, que dispõe:

1. Toda a pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos a correspondente ao ensino elementar fundamental. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional deve ser generalizado; o acesso aos estudos superiores deve estar aberto a todos em plena igualdade, em função do seu mérito.
2. A educação deve visar à plena expansão da personalidade humana e ao reforço dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais e deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais ou religiosos, bem como o desenvolvimento das actividades das Nações Unidas para a manutenção da paz.
3. Aos pais pertence a prioridade do direito de escolher o género de educação a dar aos filhos (ONU, 1948).

A Declaração trata, em seus itens, de três pontos fundamentais: *i*) o direito à educação em si; *ii*) a finalidade que a educação deve almejar; e *iii*) a liberdade (e prioridade) dos pais em optar pelo gênero de educação dos filhos.

Ainda nos planos das declarações, temos o tratamento da educação no art. XII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem que repete a ideia, embora com termos diferentes, de que a educação deve servir a proporcionar a liberdade ao ser humano, ou em outras palavras, que somente por via da educação será alcançada a liberdade, e que essa educação deve ser garantida (e prestada) pelo Estado (OEA, 1948).

O PIDESC, por sua vez, estipula em seu art. 13, que:

2. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem que, com o objetivo de assegurar o pleno exercício desse direito:
  - a) A educação primária deverá ser obrigatória e acessível gratuitamente a todos;
  - b) A educação secundária em suas diferentes formas, inclusive a educação secundária técnica e profissional, deverá ser generalizada e torna-se acessível a todos, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito;
  - c) A educação de nível superior deverá igualmente torna-se acessível a todos, com base na capacidade de cada um, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito;
  - d) Dever-se-á fomentar e intensificar, na medida do possível, a educação de base para aquelas pessoas que não receberam educação primária ou não



concluíram o ciclo completo de educação primária;

e) Será preciso prosseguir ativamente o desenvolvimento de uma rede escolar em todos os níveis de ensino, implementar-se um sistema adequado de bolsas de estudo e melhorar continuamente as condições materiais do corpo docente (BRASIL, 1992b).

Em específico, há que se ressaltar a obrigação da gratuidade do ensino primário, que pode ser estendida no plano interno a outras etapas da educação. Em continuação, o citado artigo dispõe que:

1. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais e, quando for o caso, dos tutores legais de escolher para seus filhos escolas distintas daquelas criadas pelas autoridades públicas, sempre que atendam aos padrões mínimos de ensino prescritos ou aprovados pelo Estado, e de fazer com que seus filhos venham a receber educação religiosa ou moral que esteja de acordo com suas próprias convicções.

2. Nenhuma das disposições do presente artigo poderá ser interpretada no sentido de restringir a liberdade de indivíduos e de entidades de criar e dirigir instituições de ensino, desde que respeitados os princípios enunciados no parágrafo 1 do presente artigo e que essas instituições observem os padrões mínimos prescritos pelo Estado (BRASIL, 1992b).

Portanto, e por derradeiro, o PIDESC traz, também, a menção à liberdade dos pais na escolha do ensino aos seus filhos, de maneira de retirar da esfera do estado o poder ilimitado de optar pela espécie de educação a ser dada aos seus filhos; e assim, reforçando o disposto no item 3 do art. 26 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, conforme já mencionado.

Na órbita da proteção americana, o Protocolo de São Salvador vem na mesma linha do PIDESC, tratando, contudo, a matéria com maior especificidade. Na citada norma a educação é tratada também pelo artigo 13, que iniciar dispondo que “1. Toda pessoa tem direito à educação” (BRASIL, 1999a).

Em seguida, o artigo 13 trata de normatizar de maneira mais profunda alguns aspectos da educação, subdividindo-se em cinco alíneas, que dispõem, em suma: *a*) obrigatoriedade do ensino de primeiro grau; *b*) o dever de garantir acesso e a generalização do segundo grau, com a progressividade em busca de sua gratuidade; *c*) acessibilidade ao ensino superior, segundo capacidade individual, em direção à gratuidade, também; *d*) a garantia ao ensino básico a quem não houver concluído; e *e*) garantia de ensino diferenciado aos deficientes (BRASIL, 1999a).

### 2.2.2 Direito à Seguridade Social

A seguridade social como um direito do ser humano tem a sua garantia já no artigo 6º da Constituição Federal, conforme visto, e que se faz constar na indicação da previdência social, e da assistência aos desamparados. Há, ainda, uma extensa regulamentação pela Constituição, abarcando a saúde, a previdência, e a assistência social.

As normas internacionais, por sua vez, possuem disposições que garantem ao ser humano o direito à segurança social, como pode ser visto no artigo 22 da Declaração Universal, que inclusive prevê a exigibilidade da satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensável, a ser feito pelo esforço nacional e cooperação internacional (Assembleia Geral da ONU, 1948).

O PIDESC somente prevê o direito à previdência social, em seu artigo 9º (BRASIL, 1992b), ficando aquém<sup>39</sup> da DUDH, e da Declaração Americana, que dedica seu artigo 16 a garantir a previdência para situações de desemprego, velhice e incapacidade<sup>40</sup> (OEA, 1948). Uma exigência maior aos Estados, contudo, consta do Protocolo de São Salvador, ao dispor em seu artigo 9º que:

No caso de morte do beneficiário, as prestações da previdência social beneficiarão seus dependentes. 2. Quando se tratar de pessoas em atividade, o direito à previdência social abrangerá pelo menos o atendimento médico e o subsídio ou pensão em caso de acidentes de trabalho ou de doença profissional e, quando se tratar da mulher, licença remunerada para a gestante, antes e depois do parto (BRASIL, 1999a).

Há, portanto, uma exigência de que o Estado garanta ao ser humano a sua proteção contra determinados fatores negativos que podem ocorrer. A maneira pela qual, entretanto, essa proteção será feita não é expressamente delineada pelas normas internacionais, ou seja, não há menção expressa de que essas garantias devam ser feitas por um sistema público de seguridade (ou previdência).

### 2.2.3 Direito à Cultura

O direito à cultura tem a sua previsão constitucional nos artigos 215, 216 e 216-A<sup>41</sup>, com o *caput* do primeiro artigo estipulando que o Estado “[...] garantirá a todos o pleno

<sup>39</sup> Em termos quantitativos de regulamentação.

<sup>40</sup> A enumeração de fatores que exigiriam a proteção também consta do artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (Assembleia Geral da ONU, 1948), conforme examinado quando tratado dos direitos sociais em geral.

<sup>41</sup> Dispositivos com mudanças via Emendas Constitucionais - EC, mais precisamente a EC42, a EC48 e a EC71.

exercícios dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais” (BRASIL, 1988); seguindo com quatro parágrafos dando conta das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras; das datas comemorativas de alta significação; e, por fim, estabelece o Plano Nacional da Cultura, visando condutas do poder público que conduzem à (BRASIL, 1988):

- [...] I defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro;
- II produção, promoção e difusão de bens culturais;
- III formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões;
- IV democratização do acesso aos bens de cultura;
- V valorização da diversidade étnica e regional (BRASIL, 1988).

Trata-se, assim, de norma constitucional com mandamento à construção legislativa de um plano baseado em cinco pilares. O artigo 216 contém regulamentação acerca do patrimônio cultural brasileiro, com incisos demonstrando os caracteres que o constituem (BRASIL, 1988). Por fim, o artigo 216-A, então incluído pela Emenda Constitucional 71, de 2012, inova ao dispor sobre o “Sistema Nacional de Cultura”, que de maneira semelhante ao dispositivo do Plano Nacional de Cultura, retrata os princípios pelos quais o plano deverá ser regido.

Na Declaração Universal, representando o plano normativo internacional, de início, há a disposição no artigo 27 de que “Toda a pessoa tem o direito de tomar parte livremente na vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar no progresso científico e nos benefícios que deste resultam” (Assembleia Geral da ONU, 1948). Há a demonstração de uma cautela maior da tida pelos direitos fundamentais atinentes à essa matéria, uma vez que a Declaração trata de afirmar a existência do direito, ao passo em que a Constituição já de início afirma que o Estado irá garanti-lo.

Na mesma linha segue o artigo 27, em seu item 2, afirmando que todos “têm direito à protecção dos interesses morais e materiais ligados a qualquer produção científica, literária ou artística da sua autoria” (Assembleia Geral da ONU, 1948), lidando com o que, no plano interno, não é tratado precisamente como “cultura”, mas sim como uma faceta da propriedade, precisamente no inciso XXIX do artigo 5º:

- [...] XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como protecção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País (BRASIL, 1988).

A Declaração Universal faz com que se fique claro, portanto, diante da posição topográfica desse direito, que o florescimento e o nascimento de inventos estão intrinsecamente ligados à cultura de um povo. Nesse sentido, inclusive, é a disposição da alínea *b* do item 1 do artigo 15 do PIDESC, que reconhece ao indivíduo o direito de “[...] desfrutar o processo científico e suas aplicações [...]” (BRASIL, 1992b).

O PIDESC, ainda, fundado na disposição básica de que cada indivíduo tem o direito de participar da vida cultural (alínea *a*) (BRASIL, 1992b), reconhece aos indivíduos também “[...] c) Beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção científica, literária ou artística de que seja autor” (BRASIL, 1992b).

Essas disposições são repetidas quase que na literalidade pelo Protocolo de São Salvador, em seu artigo 14 (BRASIL, 1999a), que como o PIDESC, também estabelece a obrigação estatal em adotar medidas necessária à “[...] convenção, ao desenvolvimento, e à difusão da ciência e da cultura” (BRASIL, 1992b).

#### 2.2.4 Direito à Associação

O direito à associação tem o seu tratamento no artigo 5º da Constituição Federal, precisamente nos incisos XVII, XVIII, XIX e XX; estipulando inicialmente que é plena a liberdade de associação (inciso XVII), e que, porém, ninguém será obrigado a se associar (inciso XX). Os dispositivos sobre o direito à associação repetem a sistemática da garantia de reunião, dizendo não poder se exigir autorização para a sua criação (inciso XVII), e por outro lado, exige decisão judicial para a suspensão ou dissolução de suas atividades (BRASIL, 1988)

No plano internacional, há também a garantia de associação, constando no PIDCP, em seu artigo 22, que abre espaço somente à restrições legais que “[...] se façam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança e da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das demais pessoas” (BRASIL, 1992a).

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, segue, ainda, estipulando que o “[...] presente artigo não impedirá que se submeta a restrições legais o exercício desse direito por membros das forças armadas e da polícia” (BRASIL, 1992a). Há aqui um esclarecimento normativo sobre o alcance do direito ao indivíduo.

Em outras palavras, o artigo estabelece um direito e esclarece que esse direito não é absoluto, ou seja, que caso o Estado limite aquele direito no ponto específico (às policias), não

haveria o desrespeito à Convenção. Abre-se, assim, a possibilidade para que o Estado preveja o direito e imponha restrições legais aquele direito quando exercido por membros das forças armadas e da polícia. Com essa abertura é que a Constituição Federal vedou a associação de caráter paramilitar (BRASIL, 1988).

Nesse mesmo sentido é que o item 3 do artigo 16 da Convenção Americana estipulou que: “[...] O disposto neste artigo não impede a imposição de restrições legais, e mesmo a privação do exercício do direito de associação, aos membros das forças armadas e da polícia” (BRASIL, 1992c). Portanto, a Constituição Federal, mesmo impondo um limite (ou restrição) à garantia, está em consonância com o Pacto, no âmbito universal de proteção, e com a Convenção Americana, no plano regional americano.

### 2.2.5 Direito à Saúde

O direito à saúde, como os demais direitos prestacionais tem a sua previsão no artigo 6º da Constituição, onde se afirma ser um “direito social” (BRASIL, 1988). Portanto, ali está a previsão de sua existência e a sua caracterização como um direito social, ao passo em que a sua normatização tem lugar no artigo 196 a 200, dentro da previsão da seguridade social<sup>42</sup>.

As normas de direitos humanos, por sua vez, tratam do direito à saúde em suas principais normas que cuidam dos direitos sociais. De início, a Declaração Universal, em seu artigo 25 estipula que todos deverão ter um nível de vida suficiente para assegurar a saúde e o bem-estar (Assembleia Geral da ONU, 1948). A Declaração não indica, portanto, se a saúde advirá de um sistema público, mas tão somente dita que toda pessoa tem direito a um nível de vida que lhe proporcione (e à sua família).

O PIDESC, ao tratar do tema em seu artigo 12, vai um pouco mais além e prega o reconhecimento do “[...] direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental [...]” (BRASIL, 1992b). Salienta-se que embora haja a menção “ao mais elevado nível”, há também a menção do “possível”; fazendo com que a garantia se dê na medida do possível, e da melhor maneira possível, como se fosse uma orientação ao Estado, esta que vem minudenciada no item 2 do mesmo artigo:

2. As medidas que os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar: a) A diminuição da mortalidade e da

<sup>42</sup> A Constituição Federal prevê a seguridade social que inclui a saúde, a previdência, e a assistência aos desamparados.

mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças; b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente; c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças; d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade (BRASIL, 1992b).

Esse dispositivo traz duas espécies de normas garantidoras: as normas que exigem a realização de um fim, como a diminuição da mortalidade infantil (alínea *a*); e as normas que elegem meios para se buscar um fim, que no caso é a saúde (alíneas *b*, *c*, e *d*). Nesta mesma linha segue a Declaração Americana, ao dispor que: “1. Toda pessoa tem direito a que sua saúde seja resguardada por medidas sanitárias e sociais relativas à alimentação, roupas, habitação e cuidados médicos correspondentes ao nível permitido pelos recursos públicos e os da coletividade (OEA, 1948).

A exigência nessas normas é, portanto, de meio; ou seja, apontam quais os cuidados que o Estado deve ter para que se garanta a saúde à população, sem chegar à minúcia de indicar quais as providências para colocar esses “meios” em efetividade. O Protocolo de São Salvador reafirma essa sistemática elegendo os seguintes meios:

[...] a. Atendimento primário de saúde, entendendo-se como tal a assistência médica essencial colocada ao alcance de todas as pessoas e famílias da comunidade; b. Extensão dos benefícios dos serviços de saúde a todas as pessoas sujeitas à jurisdição do Estado; c. Total imunização contra as principais doenças infecciosas; d. Prevenção e tratamento das doenças endêmicas, profissionais e de outra natureza; e. Educação da população sobre prevenção e tratamento dos problemas da saúde; e f. Satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto risco e que, por sua situação de pobreza, sejam mais vulneráveis (BRASIL, 1999a).

Há, assim, um direcionamento das medidas as quais o Estado deve tomar visando a garantia de um fim: a saúde. Nessa matéria restou ao direito interno a estruturação com a qual se colocaria em prática os meios eleitos pelas normas internacionais, e nesse ponto a Constituição Federal instituiu um sistema público e único de saúde, dispondo sobre suas diretrizes (artigo 198), e abrindo espaço à iniciativa privada, em seu artigo 199 (BRASIL, 1988).

## 2.2.6 Direito Ao Trabalho

O Direito ao Trabalho também consta do artigo 6º da Constituição Federal e é

minudenciado em seu artigo 7º, com a enumeração das garantias em incisos, com um total de 34 (trinta e quatro) direitos. Tais direitos representam um arcabouço mínimo ao qual todos devem respeitar, podendo a lei estabelecer mais garantias e regulamentá-los (como todas as garantias constitucionais).

A normativa internacional, entretanto, não fornece um aprofundamento nesse nível, exigindo em geral a garantia do direito ao trabalho, e a liberdade que o cerca. Esse direito é visto com uma maneira pela qual as pessoas conquistarão dignidade e a manutenção de sua vida, com o ganho de um salário que proporcione isso. Assim dispõe o artigo 23 da Declaração Universal (Assembleia Geral da ONU, 1948), o artigo 7º do PIDESC (BRASIL, 1992b), e o artigo 6º do Protocolo de São Salvador (BRASIL, 1999a).

O PIDESC, em seu artigo 7º (como na Constituição Federal), traz ligeiras garantias ao trabalhador,: i) remuneração digna, ii) segurança e higiene no trabalho, iii) igualdade no tratamento, e iv) descanso e lazer (BRASIL, 1992b).

Por outro lado, há na normativa internacional uma grande preocupação com a escravidão, com a proibição expressa no artigo 4º da Declaração Universal (Assembleia Geral da ONU, 1948), no artigo 8º do PIDCP (BRASIL, 1992a), e na Convenção Americana, em seu artigo 6º (BRASIL, 1992c). Esses dispositivos impõem a proibição da escravidão, e trazem situação elucidativas, a fim de evitar atuações que mascarem a escravidão.

A Constituição Federal não traz uma proibição expressa<sup>43</sup>, porém essa proibição pode ser extraída dos direitos garantidos pelo próprio artigo 7º, uma vez que o trabalho escravo levaria, inevitavelmente, ao desrespeito dos direitos ali garantidos, e via de consequência, uma violação constitucional.

Uma interessante questão nesse ponto é a previsão de trabalhos forçados. Os direitos humanos proíbem em geral a imposição de trabalhos forçado; porém, excetuam essa proibição para as hipóteses onde o Estado preveja o trabalho forçado como apenamento de determinados crimes. Essa exceção contém restrições e especificidades, em especial no artigo 8º do PIDESC (BRASIL, 1992b), e no artigo 6º da Convenção Americana (BRASIL, 1992c). Contudo, os direitos fundamentais, no plano interno, proíbem a existência de trabalho forçado como pena, em seu artigo 5º, inciso XLVII, alínea c (BRASIL, 1988).

Esse tratamento diferenciado deve ser solucionado pela abertura criada pelo item 2 do artigo 5º do PIDESC (BRASIL, 1992b), e artigo 29 da Convenção Americana (BRASIL, 1992c), normas essas que serão tratadas no capítulo derradeiro, e que resultam na possibilidade

---

<sup>43</sup> Ainda que no artigo 243 preveja a expropriação de terras onde for praticada a exploração de trabalho escravo (BRASIL, 1988).

de uma proteção à pessoa em maior grau pelo ordenamento interno, como é o caso da pena de trabalhos forçados.

### 2.2.7 Síntese do conteúdo dos Direitos de segunda dimensão frente ao direito interno

Conforme antes mencionado, a expectativa de disposição de direitos de segunda dimensão no plano internacional é de que fique aquém, em nível de intervenção, do direito interno. Isso porque cada nação deve ser livre para fazer suas escolhas, e dessa maneira efetivar a dignidade de seus indivíduos, restando aos direitos humanos apenas estipular direitos mínimos.

A citada expectativa foi atendida, e conforme vimos, as normas internacionais apenas traçam um direcionamento, cabendo ao âmbito interno maiores regulamentações, o que de fato ocorre.

Uma questão interessante é a abordagem diferenciada da cultura, que internacionalmente tem forte ligação com o desenvolvimento, e inclusive com a propriedade privada intelectual, provendo um direcionamento ao desenvolvimento e prosperidade do ser humano. No plano interno, contudo, ao menos de maneira empírica, parece-nos que esse direito possui uma ligação mais forte com o lazer, e de maneira mais ampla, com a autodeterminação.

Em um apanhado geral, considerando os direitos de primeira e segunda dimensão, a comparação proposta nos proporcionou visualizar a interação normativa, ora mais amena, ora mais intrusiva de um ordenamento em outro, em geral demonstrando um tratamento mais fraco por parte dos direitos humanos no que é tido como conteúdos progressistas, sobretudo nos direitos de primeira dimensão.

Também nos direitos de segunda dimensão, a normativa internacional, em geral, ficou aquém. Porém, uma parte mais conclusiva e sistematizada dessa relação normativa será efetuada no capítulo seguinte, que utilizará de substrato o conteúdo deste, e avançara nos aspectos teóricos que envolvem a interação entre os direitos fundamentais e os direitos humanos.



### **3 APLICAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E INTERAÇÃO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Nesse momento, já de posse do conteúdo histórico e conceitual oferecido pelo primeiro capítulo, e da análise normativa realizada no segundo capítulo, dedica-se este à uma investigação incisiva sobre a interação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, almejando atacar a problemática em três frentes: i) normativa (3.1), ii) jurisprudencial (3.2), e iii) teórica (3.3).

#### **3.1 Relação Normativa entre os Direitos Humanos e os Direitos Fundamentais no Brasil**

Conforme já mencionado, este item destina-se ao estudo da normatividade dos direitos humanos e direitos fundamentais, o que será feito em três etapas: no item 3.1.1 será retirado o substrato e sintetizada a análise feita no capítulo anterior, no item 3.1.2 será feito um levantamento e demonstrado quais normas da Constituição tiveram, no processo constituinte, menção expressa a tratados internacionais de direitos humanos.

Dentre essas normas, está o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal, dispositivo para o qual merece ser dada maior atenção, destinando, portanto, o item 3.1.3 para trabalhar o fenômeno que identificamos nele em relação às normas internacionais: a dupla trava do ordenamento. E por fim, no item 3.1.4, será estudado o instituto do “bloco de constitucionalidade”.

##### **3.1.1 Níveis de proteção das normas de Direitos Humanos e Direitos Fundamentais no Brasil: análise comparativa**

A explicitação do conteúdo normativo de cada espécie de direito feita no capítulo anterior, propicia que se verifique a relação dos direitos previstos no ordenamento interno e no ordenamento internacional, a fim de identificar a propensão de um sistema ser mais ou menos protetivo que outro, além de encontrar, também, regulamentações que constem em um e não em outro, ou, conforme Sarlet:

[...] há que atentar para o fato de não existir uma identidade necessária – no que tange ao elenco dos direitos humanos e fundamentais reconhecidos – nem entre o direito constitucional dos diversos Estados e o direito internacional,

nem entre as Constituição, e isso pelo fato de que, por vezes, o catálogo dos direitos fundamentais constitucionais fica aquém do rol dos direitos humanos contemplados nos documentos internacionais, ao passo que outras vezes chega a ficar bem além, como é o caso da nossa atual Constituição (SARLET, 2015, p. 33).

Dessa forma, não há uma regra específica em haver mais proteção em um ou outro campo normativo, de maneira que, ao analisar a interação normativa, conforme proposto no capítulo 2, extraiu-se diferentes resultados.

Naquele capítulo, cada direito foi tratado separadamente, porém, aqui cabe segmentar conforme o fenômeno identificado na interação normativa, e em geral, identificamos situações em que: i) os direitos fundamentais atuaram de maneira mais incisiva que os direitos humanos; ii) os direitos humanos foram mais incisivos que os direitos fundamentais; iii) houve tratamento equânime nos dois campos normativos; iv) os direitos possuíam finalidades diversas no ordenamento interno e internacional; e v) não havia norma correspondente ao Direito Humano na Constituição Federal.

Em um primeiro momento, temos os direitos que têm sua proteção mais incisiva na seara dos direitos fundamentais. Nessa categoria, encontram-se a maioria dos direitos, em especial, o Direito à Privacidade, à Família, à Propriedade Privada, à Educação, à Seguridade Social, à Cultura, à Associação, à Saúde, ao Trabalho, à proibição de Prisão Arbitrária, e à proibição de Pena de Morte.

O direito à educação, embora tenha um tratamento mais incisivo na seara dos direitos fundamentais, é complementado pelos direitos humanos no que diz respeito à liberdade dos pais na escolha e fornecimento da educação aos seus filhos (item 2.2.1), disposição esta que não tem previsão constitucional.

Outro ponto a ser levantado é a sistemática de interação dos direitos à Educação, à Saúde (item 2.2.5), à Seguridade Social (item 2.2.2), à Família (item 2.1.8), e à proibição da Pena de Morte (item 2.2.7.4), que possuem uma proposição de normas gerais nos tratados internacionais<sup>44</sup>, e no ordenamento interno traça-se uma regulamentação mais precisa, ou, por vezes, os direitos humanos abrem várias possibilidades de escolha ou regulamentação, e a Constituição Federal opta por uma em específico.

Os demais direitos dessa categoria, em especial a proibição da prisão arbitrária<sup>45</sup>, o

---

<sup>44</sup> Como é o caso da Saúde, da Educação, e da Seguridade Social, que os direitos humanos trazem uma previsão genérica exigindo que se proporcione a garantia desses direitos, e a Constituição Federal estrutura todo o sistema de proteção, optando, inclusive, por um sistema público para cada direito desses.

<sup>45</sup> Além da proibição da prisão arbitrária, há a previsão de requisitos para a efetuação das prisões, sem os quais a prisão é configurada como ilegal (BRASIL, 1988)

direito ao trabalho<sup>46</sup>, à privacidade<sup>47</sup> e à propriedade privada<sup>48</sup>; marcam a sua incisividade de maneira mais quantitativa. Diferem-se daqueles porquanto somente trazem mais proteções e regulamentações, sem ficar nítida a existência de um traço de linhas gerais no campo internacional, como os outros.

Por outro lado, alguns direitos têm uma proteção mais incisiva na seara dos direitos humanos. Tal situação faz com que se exija o conhecimento desses direitos uma vez que eles fazem parte do *Bill of Rights*<sup>49</sup> de proteção da pessoa humana, no Brasil. São portadores, portanto, de um caráter de complementariedade ao ordenamento protetivo interno, fazendo com que a normatividade e a interpretação da Constituição Federal devam ser estendidas.

Essa espécie de interação acontece em especial com os direitos à vida, à proibição da prisão civil, à liberdade de pensamento e religião, e à não discriminação.

Essas interações causam uma repercussão maior no estudo do direito do que as outras, uma vez que é a seara internacional estendendo a sua normatividade no campo interno, causando, portanto, discussões acerca de soberania e de embate entre normas internas e internacionais.

Desses direitos, destaca-se o direito à não discriminação, que possui um conteúdo mais incisivo nos Direitos Humanos, oriundo da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, que compõe o bloco de constitucionalidade no Brasil, face à sua internalização pelo procedimento previsto pelo art. 5º, §3º da Constituição Federal.

O direito à vida, por sua vez, tem uma proteção mais regulamentada no campo internacional, contendo na Convenção Americana de direitos humanos um marco temporal de quando se considera que exista a vida, ou seja, desde quando a pessoa humana merece a proteção, e esse marco é a concepção (BRASIL, 1992c).

A proibição da prisão civil nutre um campo maior de discussão no campo interno, fazendo com que a discussão chegasse aos mais altos tribunais do país, e lá fosse solucionada a aplicação das normas internacionais. Em suma, os tratados internacionais projetam uma proteção maior à pessoa humana, indo além da Constituição Federal e proibindo também a prisão civil do depositário infiel.

---

<sup>46</sup> Enquanto as normas internacionais trazem uma enumeração pequena de direitos trabalhistas, a Constituição Federal enumera nos incisos do art. 7º, a quantidade de 34 (trinta e quatro) direitos (BRASIL, 1988)

<sup>47</sup> No campo interno há, além da proibição de intromissão na privacidade, a proibição taxativa de inviolabilidade da casa, da correspondência e da comunicação telegráfica (BRASIL, 1988).

<sup>48</sup> A Constituição Federal, além de prever o direito à propriedade privada (como nos tratados), aloca esse direito como um princípio da ordem econômica do país, em seu artigo 170 (BRASIL, 1988).

<sup>49</sup> Sem entrar no mérito, por ora, de se tratar de um “bloco de constitucionalidade”, o que será analisado em especial no item 3.2.2.

Por fim, a liberdade de pensamento e religião também tem uma regulamentação maior no campo internacional, que em conjunto com o direito à educação, fornece aos pais a liberdade de educação religiosa e moral aos filhos.

De outro lado, os direitos que têm tratamento equânime nas normas internas e internacionais prescindem de maiores aprofundamentos, uma vez que uma seara normativa não oferece um tratamento mais preciso do que outra. Dentro dessa espécie de interação estão os direitos à liberdade de locomoção, à igualdade, à presunção de inocência, e à prévia cominação legal.

Alguns direitos, por sua vez, possuem um tratamento diferente no campo dos direitos humanos e nos direitos fundamentais, e isso ocorre basicamente por conterem razões diferentes de existência. O direito internacional é composto por obrigações entre estados, e com a sua humanização, passou a ter como objeto de regulação, o respeito aos direitos das pessoas.

E nesse contexto, alguns direitos têm uma importância diferente no contexto internacional, como é o caso do direito à Nacionalidade e à Autodeterminação. Tratam-se de questões que envolvem um contexto que extrapola as divisas em ambos os casos.

No caso da regulamentação da nacionalidade, internamente os estados adotam uma regra para conferir a nacionalidade a quem considera como seus nacionais, enquanto a preocupação dos direitos humanos é com o conjunto de regras dessa espécie pelo conjunto de nações do globo; almejando criar soluções para que se evite casos de apatridia, ou seja, o objeto do direito no campo internacional é mais precisamente as legislações das nações, enquanto o objeto no campo nacional é mais afeto à nacionalidade propriamente dita.

Da mesma forma com o direito à autodeterminação, que possui um viés de garantia de não intervenção de um Estado em outro, precisamente no que diz respeito à liberdade dos povos de outras nações de serem autônomos em cultura, legislação e todos outros aspectos que garantem a sua autodeterminação.

Ainda, há um conjunto de três direitos que não possuem fundamentação expressa na Constituição Federal, que é a proibição à escravidão, o direito à personalidade jurídica, e a garantia ao duplo grau de jurisdição.

A proibição à escravidão não tem a sua proibição expressa na Constituição Federal de 1988. Contudo, conforme visto quando se tratou do Direito ao Trabalho, os direitos mínimos exigidos em relações de trabalho impõem indiretamente uma proibição à escravidão, uma vez que em caso de não respeito daqueles direitos, haveria uma ilegalidade.

O direito à personalidade jurídica também não tem previsão constitucional expressa, porém, o princípio da dignidade da pessoa humana, que consta do inciso III do artigo 1º da

Constituição Federal, e o *caput* do artigo 5º, que garante a igualdade, fazem com que não se possa ter interpretação no sentido de vedar a qualquer pessoa a condição de sujeito de direitos, e portanto, detentor de personalidade jurídica.

Por fim, o duplo grau de jurisdição, da mesma forma, não tem previsão absoluta na Constituição Federal de 1988, ainda que a própria constituição regulamente um sistema processual com recursos, inclusive traçando as regras gerais para o Recurso Especial e Extraordinário (BRASIL, 1988).

### 3.1.2 Influência dos Direitos Humanos na construção do artigo 5º da Constituição Federal de 1988

Ao se propor um estudo acerca da possibilidade de normas de direitos humanos serem utilizadas como conteúdo base, ou seja, como fonte material de produção das normas internas, mostra-se imprescindível que se averigüe as normas internas em atual vigência, e se esse fenômeno ocorreu quando de sua criação.

As normas internas em questão resumem-se à Constituição da República Federativa do Brasil, firmada em 1988, em especial ao seu artigo 5º, que trata dos “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”.

E, portanto, almejando esse objetivo, buscou-se nos documentos da elaboração da Constituição de 1988, as propostas que se utilizaram como fundamentação tratados internacionais de direitos humanos. Para tanto, utilizou-se de uma obra fornecida pela Câmara dos Deputados, intitulada como “A Construção do artigo 5º da Constituição de 1988”, realizando nela, uma vasta pesquisa a fim de encontrar normas constitucionais que porventura sofreram influência de normas do campo internacional.

Essas fundamentações constam de emendas apresentadas nas mais diversas fases de elaboração da Constituição Federal, e após um levantamento, foram identificadas dezessete emendas que continham alguma fundamentação em tratado internacional, e essas emendas eram destinadas à elaboração do texto de três dispositivos constitucionais diversos.

Em um primeiro momento, temos o inciso IV da Constituição Federal de 1988 teve a redação final seguinte:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; (BRASIL, 1988).

Esse dispositivo teve a influência de 12 (doze) emendas que se utilizaram de normas de direitos humanos como fundamento para a sua proposição, notadamente as seguintes emendas de número: 01288, apresentada por Maurício Fruet (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2013, p. 696); 01658, apresentada por Cristina Tavares (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2013, pp. 704-705); 02933, apresentada por Nelson Wedekin (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2013, pp. 719-720); 03506, apresentada por Gerson Camata (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2013, pp. 728-730); 04062, apresentada por Octávio Elísio (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2013, pp. 736-737); e 05547, apresentada por Nelton Friedrich (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2013, pp. 757- 758).

Também as emendas de número: 01192, também apresentada por Maurício Fruet (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2013, p. 805); 01269, apresentada por Eunice Michiles (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2013, pp. 808-810); 01553, também apresentada por Cristina Tavares (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2013, pp. 818-819); 03309, também apresentada por Gerson Camata (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2013, pp. 855-856); 03823, apresentada também por Octávio Elísio (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2013, pp. 868-869); e a 05919, apresentada por Matheus Iensen (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2013, pp. 917-919).

De outro lado, embora a grande variedade de emendas propostas, elas limitaram-se à apenas duas justificativas<sup>50</sup>, sendo que as emendas 03506, 01269, 03309 e 05919 fundamentaram-se em:

As normas sugeridas procuram consubstanciar os conceitos expostos, inspirando-se ademais: na Declaração Universal dos Direitos do Homem; no texto do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos e do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (aprovados na XXI Assembleia Geral das Nações Unidas); na Declaração sobre Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação por Causa da Religião ou Crença (aprovado por unanimidade, em 25 de novembro de 1981, pela Câmara Legislativa das Nações Unidas); disposições constitucionais dos países com regimes inspirados na democracia social, como Itália, República Federal da Alemanha, Suíça, Espanha e Portugal e sugestões oferecidas pela OAB à comissão (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2013, p. 919).

O restante das emendas citadas, por sua vez, teve como justificativa que: “Considerando-se, ainda, que qualquer tentativa de impedimento da manifestação do

<sup>50</sup> No que diz respeito à fundamentação em tratados internacionais, uma vez que além dessas justificativas aqui trabalhadas, essas proposições também continham justificativas diversas.

pensamento vem ferir frontalmente a Declaração Universal dos Direitos do Homem, da qual o Brasil é um dos signatários” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2013, p. 696).

Portanto, nesse dispositivo em questão, os constituintes valeram-se das normas de direitos humanos como justificativa para a confecção da Constituição Federal de 1988, ora com o argumento de que as normas dos tratados serviriam como inspiração, ora almejando dar efetividade ao disposto na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

O segundo dispositivo constitucional em que foi identificada a utilização de norma de Direito Humano para a sua feitura, foi o inciso VI do artigo 5º da Constituição Federal, que teve a seguinte redação final:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

IV - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias; (BRASIL, 1988).

Sobre esse dispositivo foram oferecidas três emendas com a fundamentação em normas de direitos humanos, que são: a emenda nº 00596, apresentada por Matheus Iensen (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2013, pp. 683-685); a emenda nº 00927, apresentada por Enoc Vieira (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2013, pp. 689-691); e a emenda nº 01366, apresentada por Eunice Michiles (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2013, pp. 698-699).

A justificativa dessas emendas, por sua vez, foi a mesma proferida para as quatro emendas citadas no item anterior, ou seja, buscava-se consubstanciar direito da Declaração Universal, PIDCP, PIDESC, dentre outros tratados internacionais (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2013, p. 699).

Por fim, o §2º do artigo 5º da Constituição Federal também teve influência de normas de oriundas de tratados internacionais. A sua redação final foi a seguinte:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (BRASIL, 1988).

Duas emendas com fundamento nos direitos humanos influenciaram na confecção desse dispositivo: a emenda nº 00270, apresentada por Antonio Mariz (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2013, p. 439), e a emenda nº 00343, apresentada por Michel Temer (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2013, pp. 522-523). A emenda nº 00270 cravou como justificativa que: “[...] a interpretação dos direitos e garantias à luz da Declaração Universal dos Direitos do Homem e dos tratados subscritos pelo país, encontra paralelo nas Constituições democráticas mais modernas” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2013, p. 270).

Portanto, o constituinte enalteceu a importância de propiciar uma interpretação à luz da Declaração Universal, entendendo que o dispositivo constitucional proposto nos moldes que fez, serviria a esse fim.

Por fim, a derradeira emenda, de número 00343 trouxe uma justificativa mais extensa, porém que traz um grande entendimento da norma, e, portanto, cabe reproduzi-la:

A cultura jurídica e política nacional, infelizmente, criou interpretação e construção jurisprudencial, e regulamentação legislativa ou administrativa, frequentemente restritiva dos direitos e liberdades expressos na Constituição, ou nela implícitos. Assim, o Supremo Tribunal Federal não reconhece a presunção de inocência, nem o devido processo legal, nem a confrontação do réu com as testemunhas de acusação, como direitos inerentes ao sistema constitucional da ampla defesa e do contraditório. Como também decidiu que ser o Brasil signatário da Declaração Universal de Direitos do Homem da ONU nada implica para o nosso direito. Assim, o Congresso Nacional, desde a década de 1950, passa leis inibidoras das garantias fundamentais, do que são exemplos as leis do mandado de segurança, que cerceiam o controle da autoridade pública, condicionando o writ a circunstâncias miúdas de tempo e forma. Assim, nenhum dispositivo dos códigos de inspiração fascista do Estado Novo foi declarado inconstitucional. Assim, os juristas, particularmente os do direito penal, direito processual, direito administrativo e direito do trabalho, e mesmo os de teoria da constituição, lecionam e escrevem com base na literatura dos catedráticos da era fascista e nacional-socialista. Por isso mesmo, é imperioso ditar a Constituição norma genérica forte e autoaplicável que ponha freio definitivo ao autoritarismo de que está imbuído parte significativa do pensamento nacional (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2013, p. 523).

O constituinte, por sua vez, justificou basicamente com o que foi motivo para a maior preocupação com os direitos humanos e Fundamentais no pós Segunda Guerra Mundial, propiciando uma permeabilidade normativa na Carta Política brasileira, de maneira a evitar o autoritarismo. Esse dispositivo tem caráter fundamental no estudo aqui proposto, e dentre as suas consequências, está o aparecimento de uma dupla trava, em relação a outros dispositivos de normas internacionais, o que será visto adiante, para posteriormente trabalharmos o bloco de constitucionalidade, que também tem fundamento no art. 5º, §2º da Constituição Federal



### 3.1.3 A Dupla trava entre o ordenamento jurídico interno e internacional

O dispositivo mencionado no item anterior tem uma grande relevância para o estudo do direito constitucional, pois revela uma abertura do sistema, trazendo duas consequências desde logo: i) proíbe interpretação que se restrinja às normas internas quando houver outra mais protetiva em tratado internacional; e ii) propicia a aceitação, no ordenamento brasileiro, de normas protetivas oriundas de tratados internacionais.

A primeira dessas consequências é a que tem maior importância aqui, porquanto fornece uma “trava” em se limitar os direitos, e em outras palavras afirma que a constituição, embora já preveja direitos fundamentais, não pode ser obstáculo para o reconhecimento de outros direitos protetivos (no caso, direitos humanos). Portanto, está o ordenamento jurídico interno a se precaver de se ver interpretada para diminuir o alcance em relação a quaisquer direitos protetivos.

Essa “trava”, de um lado, concilia-se com uma da mesma espécie contida no campo internacional, que coincidentemente ou não, está no art. 5º, item 2:

[...] 2. Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer país em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau (BRASIL, 1992a)

Trata-se de norma constante do PIDCP, e que tem norma idêntica também no PIDESC, em seu art. 5º, item 2. Essa norma cumpre exatamente o mesmo papel do art. 5º, §2º da Constituição Federal, exercendo uma limitação de se interpretar de maneira restritiva baseando-se em norma diversa.

De maneira semelhante, também, a Convenção Americana de Direitos Humanos prevê em seu artigo 29:

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados (BRASIL, 1992c)

Essas disposições representam um conjunto de normas que devem ser lidas em conjunto, de maneira que nenhuma outra norma protetiva pode imiscuir-se em outra de maneira

a diminuir o seu alcance, uma vez que as próprias normas se “auto proíbem” de exercer essa função.

Outra consequência que o art. 5º, §2º da Constituição Federal poderia gerar em tese é a existência de um bloco de constitucionalidade, o que será visto adiante.

### 3.1.4 Bloco de Constitucionalidade

O bloco de constitucionalidade “consiste no reconhecimento, ao lado da Constituição, de outros diplomas normativos de estatura constitucional” (RAMOS, 2015a, p. 318). Ou seja, é a extensão do entendimento de “constituição” a fim de alcançar demais normas que originariamente não seriam assim consideradas.

Retomando o quanto exposto no item 1.2.1.1, a existência de um bloco de constitucionalidade leva em conta tão somente o critério da fundamentalidade material para indicar quais serão as normas consideradas constitucionais dentro de um ordenamento jurídico. Trata-se de instituto largamente aceito como existente no direito constitucional francês, uma vez que no país citado,

[...] o marco do reconhecimento da existência do bloco de constitucionalidade foi a Decisão n.71-44 DC, de 16-7-1971 [...] que consagrou o valor constitucional do preâmbulo da Constituição francesa de 1958 que, por sua vez, faz a remissão ao preâmbulo da Constituição de 1946 e à Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (RAMOS, 2015a, p. 318).

Na França, então, foi decidido que outras normas, que não as constantes em um corpo de constituição federal, também teriam valor constitucional, ou seja, a constituição francesa não é tão somente o documento principal composto de um conjunto de dispositivos, mas também abarca outros documentos, como a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, confeccionada em tempos remotos e com grande repercussão na evolução do direito como um todo<sup>51</sup>. E, ainda,

Em diversos outros países, as constituições aludem a tratados internacionais de direitos humanos, incorporando-os ao bloco de constitucionalidade. É assim, por exemplo, na Argentina, cuja Constituição a partir da reforma aprovada em 1994, atribuiu hierarquia constitucional a diversos tratados e declarações de direitos humanos enumeradas em seu texto. Também a Constituição da Venezuela concedeu hierarquia constitucional aos tratados

---

<sup>51</sup> Conforme visto no item 1.1.1

internacionais sobre direitos humanos. O mesmo se deu na Constituição austríaca, em relação à Convenção Europeia de Direitos Humanos e aos seus protocolos adicionais (SOUZA NETO e SARMENTO, 2014, p. 48).

Conforme mencionado, em diversos países foi adotada a regra pela qual a constituição se refere a um direito, e o enaltece como de valor constitucional, fazendo como que “a constituição” não seja tão somente um documento, mas um conjunto deles, que tenham peso de importância. No Brasil, por sua vez, para André de Carvalho Ramos:

Em que pese nossa posição de ter a redação originária da Constituição de 1988 adotado o conceito de um bloco de constitucionalidade amplo, ao dotar os tratados de direitos humanos de estatuto equivalente à norma constitucional (de acordo com o artigo 5, §2º), essa posição é minoritária até o momento (RAMOS, 2015a, p. 318).

Portanto, haveriam duas teorias acerca do grau hierárquico das normas de direitos humanos e essa divisão de entendimentos leva à duas concepções sobre quais as normas que vem a constituir o bloco de constitucionalidade no Brasil. Desse modo, a existência do bloco não é colocada em dúvida pelo autor, mas tão somente o seu alcance.

Há a teoria que entende que o bloco de constitucionalidade é restrito, e outra que entende ser amplo. Tal diferenciação está umbilicalmente ligada à concepção que se possa ter acerca do grau hierárquico dos tratados de direitos humanos, sendo que Sarlet também demonstra que as concepções diversas acerca do grau hierárquico levam a conteúdos diversos do bloco de constitucionalidade (SARLET, 2015, p. 130).

Ao se aceitar que todos tratados de direitos humanos possuem nível constitucional (englobando, pois, os que não seguiram o rito do novo §3º do artigo 5º da Constituição Federal), está a se dizer, também, que todos esses documentos normativos pertencem ao bloco de constitucionalidade, dessa forma conceber-se-ia o bloco de constitucionalidade amplo.

Por outro lado, ao se defender que somente os tratados que fossem submetidos ao rito citado fossem de nível constitucional, chegaria ao resultado de um bloco de constitucionalidade restrito.

O bloco de constitucionalidade, em existindo, constituir-se-ia, portanto, de no mínimo três diplomas normativos (no bloco restrito): i) a Constituição Federal propriamente dita; ii) a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência; e o iii) Protocolo Facultativo da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Pois que tais tratados foram os únicos até então assinados sob o procedimento trazido pela citada emenda constitucional.

Ao menos esse seria o entendimento que poderia se ter em um primeiro momento. Contudo, Souza Neto e Sarmiento vão além e propõem como também pertencentes ao bloco de constitucionalidade os princípios constitucionais implícitos e as emendas constitucionais (SOUZA NETO e SARMENTO, 2014, p. 48).

As Emendas Constitucionais revelam um caso interessante pois que de certa maneira dão a impressão de que são o próprio texto constitucional. Contudo, possuem natureza jurídica de espécie legislativa, vez que compõem o rol do artigo 59 da Constituição Federal, que enumera as espécies legislativas; e, ainda, nem todo o texto das emendas constitucionais passam a compor o texto da Constituição Federal, porém todo o texto possui status de emenda à constituição.

Dessa forma, o conteúdo do bloco de constitucionalidade irá variar de acordo com a concepção acerca do alojamento dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico interno, porém com a existência do §3º do artigo 5º da Constituição Federal, a sua existência aparenta ser inegável.

Podemos extrair, portanto, que a interação entre as normas de direitos humanos e direitos fundamentais fazem-se de maneira complementar, ora tendo mais incisividade nas normas de direito interno, ora nas de direito internacional, e isso fazendo com que o ordenamento interno tenha que se socorrer aos tratados internacionais em busca de eventuais normas complementares.

Por outro lado, temos também a situação de que, já na confecção da Constituição Federal, os direitos humanos serviram de base na confecção dos dispositivos, e também podemos extrair que o conjunto de normas que contenham a fundamentalidade material (direitos humanos e direitos fundamentais) podem vir a compor o chamado “bloco de constitucionalidade”.

Considerando essas premissas, e abarcadas as questões normativas pertinentes, passa-se ao estudo da interação dessas normas no campo jurisdicional. Ou seja, avaliada a relação na sua condição de existência (norma), avança-se para averiguar a sua propensão de causar efeitos, mais precisamente a aplicação pelos tribunais.

### **3.2 Aplicação dos Direitos Humanos pelos Tribunais**

Para trabalhar o alcance jurisdicional da aplicação dos direitos humanos, mostrou-se necessário, em um primeiro momento, tratar em específico do instituto do “controle de convencionalidade” (item 3.2.1), avançado para o que é tido como “teoria do duplo controle”

(item 3.2.2), desaguando em uma questão prática com uma decisão em específico em que houve o embate entre decisão interna e internacional, que será vista no item 3.2.3.

### 3.2.1 O Controle de Convencionalidade

O controle de convencionalidade é um instituto jurídico que visa a manter a compatibilização vertical das normas de Direito interno com as normas de direito internacional protetoras de direitos humanos (MAZZUOLI, 2011, p. 379).

O ineditismo de sua utilização no Brasil é auto atribuído a Valério de Oliveira Mazzuoli, que afirma ter trazido tal terminologia ao Brasil em sua tese de doutorado em 2008 (MAZZUOLI, 2011, p. 379).

Contudo, embora demonstre ser recente a utilização dessa terminologia, essencialmente tal instituto não é novo no direito brasileiro, pois antes da utilização da terminologia já havia controle de compatibilidade vertical tendo como parâmetro normas internacionais de direitos humanos, ainda que realizada sob a nomenclatura de controle de legalidade ou controle de constitucionalidade.

Ao se ter em conta, agora, da existência de um controle de *convencionalidade*, há que o distinguir do controle de *constitucionalidade*, e elencar os seus pontos em comum. Para que se realize tal tarefa, é importantíssimo ter em mente o “grau hierárquico” atribuído aos tratados de direitos humanos no ordenamento interno, conforme afirma Piovesan (2014, p. 148):

O pressuposto básico para a existência do controle de convencionalidade é a hierarquia diferenciada dos instrumentos internacionais de direitos humanos em relação à legalidade ordinária. A isto se soma o argumento de que, quando um Estado ratifica um tratado, todos os órgãos do poder estatal a ele se vinculam, comprometendo-se a cumpri-lo de boa-fé.

Denota-se, portanto, que o grau hierárquico superior ao tratado de direitos humanos serve como requisito para a existência do controle de convencionalidade em determinado sistema. Nesse sentido, discorrendo sobre o controle de convencionalidade, Domínguez afirma que:

Este fenômeno reflete a vontade política do legislador de adotar normas constitucionais que permitem uma incorporação cada vez mais ampla do corpo jurídico interamericano a nível nacional, assim como a convicção do Poder Judiciário em vários Estados sobre a possibilidade de utilizar os estandartes do corpo jurídico interamericano na resolução de casos que invoquem a

proteção aos direitos humanos (DOMÍNGUEZ, 2018, p. 2017, tradução nossa).

Portanto, o controle de convencionalidade funda-se, antes de tudo, em uma predisposição de um Estado a se vincular à uma jurisdição supranacional. Soma-se a isso, o que Jaramillo aduz:

É pertinente a difusão e depuração do conceito de “convencionalização” do ordenamento jurídico, que complementa e harmoniza seu processo de “constitucionalização”. Em razão disso, não são unicamente as disposições constitucionais as que condicionam a validade e o desenvolvimento dos ordenamentos jurídicos nacionais, mas também as obrigações internacionais que adquirem os países sobre a proteção de direitos humanos consagrados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e outros pactos (JARAMILLO, 2016, pp. 131-132, tradução nossa).

Domínguez traz, de um lado, o fato de o Estado se predispor ao controle de convencionalidade, e Jaramillo, de outro, fala da convencionalização do próprio ordenamento jurídico, o que permite as condições para o controle. Ou seja, o controle de convencionalidade mostrar-se-ia mais eficaz se houvesse a predisposição estatal (questão procedimental), e o oferecimento de material normativo (questão material). O material normativo convencional foi analisado no capítulo anterior.

No que diz respeito às questões procedimentais do estado brasileiro, tomemos como premissa o fato de que os tratados de direitos humanos podem ter *nível constitucional*, ou *supralegal*<sup>52</sup>, a depender de sua aprovação ter tomado o rito do §3º do artigo 5º da Constituição Federal. No que diz respeito aos que adotaram o citado rito especial, a Constituição é clara ao afirmar que equivalem às emendas constitucionais.

Por sua vez, os demais tratados, firmados antes do acréscimo do §3º ao artigo 5º da Constituição Federal, ou ainda, os firmados posteriormente sem seguir o rito de tal dispositivo, possuem caráter *supralegal*, tese essa advinda de construção jurisprudencial especialmente afirmada no Recurso Extraordinário nº 466.343/SP (BRASIL, 2008).

Mazzuoli é adepto da doutrina que faz a diferenciação entre tratados *materialmente constitucionais* e tratados *material e formalmente constitucionais*. O §2º do artigo 5º da Constituição Federal é o dispositivo que torna um tratado *materialmente* constitucional, dispõe o seguinte:

---

<sup>52</sup> Fato que sustenta a “Teoria do Duplo Estatuto”.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

[...] (BRASIL, 1988).

Portanto, todos os tratados de direitos humanos adotados pelo Brasil seriam *materialmente* constitucionais, sendo que somente alguns deles seriam, além de material, também *formalmente* constitucionais, que é o caso dos que adotaram o rito especial (art. 5º, §3º da Constituição Federal) (MAZZUOLI, 2011, p. 379-380).

Nessa linha, o autor explicita também que os primeiros (*somente materialmente constitucionais*) seriam parâmetro somente do controle de convencionalidade difuso; ao passo que os segundos (*formal e materialmente constitucionais*) seriam parâmetro tanto do controle difuso, como do controle concentrado de convencionalidade (MAZZUOLI, 2011, p. 380).

Pois bem, a Constituição Federal, quando expressa em seu art. 5º, §3º, que os tratados de direitos humanos “serão equivalentes às emendas constitucionais” (BRASIL, 2004), traz à tona uma interessante problemática.

Os tratados de direitos humanos que seguirem o rito especial serão equivalentes às emendas, e, portanto, farão parte da própria Constituição Federal<sup>53</sup>; desse modo há que se saber se tais tratados serão utilizados como parâmetro de um controle de constitucionalidade, ou de convencionalidade.

Nesse tema, Mazzuoli (2011, p. 380) afirma que “[...] apenas quando existe afronta à Constituição mesma é que pode haver controle de *constitucionalidade* propriamente dito.” e, portanto, chega à conclusão de que quaisquer tratados de direitos humanos serão parâmetro de controle de *convencionalidade*. Mais adiante, ademais, sugere uma espécie de via processual, a “Ação direta de *Inconvencionalidade*” (MAZZUOLI, 2011, p. 381), e as correspondentes “versões” desse tipo de ação nas demais que realizam controle de constitucionalidade.

André de Carvalho Ramos (2015a), por sua vez, traz enfoque diferente ao tema, com uma outra subcategorização, que diz respeito ao âmbito em que é realizado o controle.

Conceituando o controle de convencionalidade como “análise da compatibilidade dos atos internos (comissivos ou omissivos) em face das normas internacionais [...]” (RAMOS,

<sup>53</sup> Quando o farão, também, parte do bloco de constitucionalidade restrito (RAMOS, 2015b, p. 319)

2015a, p. 321), divide, ainda, em: i) controle de convencionalidade de matriz internacional (autêntico, definitivo); e ii) controle de convencionalidade de matriz nacional (provisório, preliminar)<sup>54</sup> (RAMOS, 2015a, p. 321).

Ressalta-se que a nomenclatura dada é de extrema importância, haja vista que indica o caráter “principal” do controle de matriz internacional, e assim é que tem que ser, porquanto se trata de norma de direito internacional Público, exigindo-se que haja uma uniformidade de interpretação e aplicação<sup>55</sup>.

Nesse sentido, denota-se que o controle há que ser realizado com proeminência (e não exclusividade) pelas cortes internacionais que possuem incumbência de aplicar as normas de direitos humanos.

Portanto, o que se realiza internamente não seria a rigor um *controle de convencionalidade*<sup>56</sup>, este realizado pelas cortes internacionais. Ramos afirma, também, que “[...] é na realidade, um controle *nacional de legalidade, supralegalidade ou constitucionalidade*, a depender do estatuto dado aos tratados incorporados” (2015a, p. 321).

Nessa toada, inclusive, um tribunal internacional pode chegar à conclusão diversa da do tribunal interno (RAMOS, 2015a, p. 322), sendo esta justamente a situação que nos deparamos com a apreciação da Lei da Anistia, onde houve divergência de entendimento entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Ainda, expondo as diferenças entre ambos os controles (de matriz nacional e internacional), Ramos (2015a, pp. 322-323) destaca que o objeto de controle pode ser diverso, ao passo que as normas constitucionais originárias não submetem ao controle de convencionalidade nacional, podendo, contudo, submeterem-se ao controle das cortes internacionais<sup>57</sup>.

Em vista disso, podem ocorrer colisões entre interpretações e, máxime, entre decisões de cortes internas e internacionais. Tal situação, ainda que talvez possa ser solucionada pela “Teoria do Duplo Controle”, conforme adiante se verá, traz grandes celeumas, e nessa seara Ramos (2015, p. 324) dispõe que:

---

<sup>54</sup> Mazzuoli, ainda que não dê esse mesmo enfoque, também admite que o controle de convencionalidade seja realizado no campo internacional: “[...] não somente os tribunais internacionais devem realizar o controle de convencionalidade (para além do clássico controle de constitucionalidade). Mas também os tribunais internacionais [...]” (MAZZUOLI, 2009, p. 129)

<sup>55</sup> Que viria a desaguar na segurança jurídica.

<sup>56</sup> No sentido de não ser o campo proeminentemente apropriado para ditar o alcance das normas internacionais, sem descartar que se trata de um exercício de compatibilização vertical, e que, Ramos, inclusive, não chega a afirmar não se tratar de um controle de convencionalidade.

<sup>57</sup> Outrossim, “A prática reiterada dos Estados e das Cortes Internacionais é considerar o Direito Interno um mero fato, que expressa a vontade do Estado” (RAMOS, 2015a, p. 294)



É claro que o controle nacional é importante, ainda mais se a hierarquia interna dos tratados for equivalente à norma constitucional ou quicá supraconstitucional. Porém, esse controle nacional deverá obedecer à interpretação ofertada pelo controle de convencionalidade internacional, para que possamos chegar à conclusão de que os tratados foram efetivamente cumpridos. Assim, a interpretação do conteúdo das normas sempre será uma fissura aberta entre os controles judiciais nacionais e o controle de convencionalidade internacional.

Assim, fica clara a “fissura” que pode ser gerada com eventual atrito, devendo haver meios pelos quais se dedique uma plena harmonia entre ambos os tribunais, surgindo, assim, a necessidade de que se tome conhecimento da Teoria do Duplo Controle.

### 3.2.2 A Teoria do Duplo Controle

A Teoria do Duplo Controle visa a dar uma efetividade das normas protetoras de direitos humanos, não deixando de lado, contudo, o seu viés pacificador entre os ordenamentos interno e internacional.

Cabe em um primeiro momento traçar um paralelo ao que é tido como Duplo Controle e “primazia da norma mais favorável à vítima”. Tratam-se de duas máximas orientadoras dos direitos humanos que devem sempre andar juntas, mas que, contudo, não se confundem.

Ao se falar em Duplo Controle está a se tratar de um aspecto formal (processual) de exigência de análise dupla de compatibilização vertical de normas (tendo como parâmetro a norma de direitos humanos).

Por sua vez, a “primazia da norma mais favorável à vítima” é um viés material, de fundo, que serve como mandamento de sempre utilizar a norma mais benéfica, sem uma prévia concepção de superioridade da norma interna ou da norma internacional, ou seja

No presente domínio de proteção, não mais há pretensão de primazia do direito internacional ou do direito interno, como ocorria na polêmica clássica e superada entre monistas e dualistas. No presente contexto, a primazia é da norma mais favorável às vítimas, que melhor as proteja, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno. Este e aquele aqui interagem em benefício dos seres protegidos (TRINDADE, 2003, p. 542).

Tal aceção tem normatividade em diversos tratados de direitos humanos (inclusive na Convenção Americana), bem como na Constituição Federal, que conta com uma cláusula aberta de recepção em seu art. 5º, §2º.

Outrossim, tem-se que “a primazia da norma mais favorável à vítima” gera como efeito mandamental um “Diálogo das Fontes”, ao passo em que o Duplo Controle tem como consequência um “Diálogo entre as Cortes”<sup>58</sup>.

Pois bem, delineado o paralelo entre essas duas acepções, retoma-se a Teoria do Duplo Controle, propriamente.

Em suma, constatando esse fenômeno no Brasil, Ramos destaca que há uma “dupla garantia”, esta que se subdivide no controle de constitucionalidade e no controle de convencionalidade, que se realizam, respectivamente, interna e internacionalmente; frutos de “uma separação de atuações, na qual inexistiria conflito real entre as decisões porque cada Tribunal age em esferas distintas e com fundamentos diversos” (RAMOS, 2014, p. 408)<sup>59</sup>.

Ao que já pode se constatar, o Duplo Controle mostra-se totalmente necessário à aplicação eficaz das normas internacionais de direitos humanos, resultando não somente em uma maior proteção do ser humano, mas também na reafirmação da competência das cortes internacionais, que a *contrario sensu* (não havendo o duplo controle), teria na prática uma subordinação vinculada aos tribunais internos.

Outrossim, a inexistência do Duplo Controle resultaria em uma alegação de julgamento interno para se furtar à responsabilização internacional, tendo como pressuposto decisão interna que expressa o seu próprio ponto de vista (do Estado), indo de encontro à norma geral de Direito Internacional Público<sup>60</sup>, que determina que: “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado [...]” (BRASIL, 2009).

Portanto, já revelado o conteúdo e a importância do duplo controle, analisaremos as decisões proferidas em relação à Lei da Anistia, pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de direitos humanos, buscando verificar a ocorrência desse duplo controle e do controle de convencionalidade.

### 3.2.3 O caso de embate entre decisão interna e internacional: A Lei de Anistia e a Guerrilha do Araguaia

<sup>58</sup> Tendo como base aqui um conceito ligeiramente mais amplo do que o dado por Ramos ao “Diálogo das Cortes”, que leciona ser a concepção (e concretização) pelos tribunais internos do quanto discutido e decidido pelos Tribunais Internacionais (RAMOS, 2014, p. 404-407), mencionando sobre a “necessidade de compatibilização entre o resultado do controle de convencionalidade nacional com o decidido no controle de convencionalidade internacional” (RAMOS, 2014, p. 405).

<sup>59</sup> Sem embargo de já ter afirmado, também, a existência de um controle de convencionalidade de matriz nacional (RAMOS, 2015a, p. 321)

<sup>60</sup> Art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

Opta-se por trabalhar como esse caso exemplificativo pois é o único caso em que houveram decisões com resultados diversos.

Esse caso de embate é materializado pelo proferimento de duas decisões, uma no campo interno, pelo Supremo Tribunal Federal, mais precisamente na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 153; e outra decisão no campo internacional, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Para o estudo dessas decisões, opta-se em primeiro tratar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153 pela questão cronológica, tendo em vista que seu julgamento ocorreu antes do *Caso Gomes Lund*, ou seja, respectivamente, 29 de abril de 2010, e 24 de novembro de 2010.

### 3.2.3.1 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153

A espécie processual eleita para se discutir a constitucionalidade da Lei da Anistia foi a ADPF. Tal ação serve a “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público” (BRASIL, 1999b), conforme dispõe o artigo 1º da Lei nº 9.882/99.

O “ato do Poder Público”, no caso, seria a Lei nº 6.683/79 (Lei da Anistia)<sup>61</sup>, em especial o §1º de seu art.1º que segundo o autor da ação (Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil) seria inconstitucional por estender a anistia a agentes públicos e resultar em uma “auto anistia”.

Ressalta-se que não poderia ser proposta Ação Direta de Inconstitucionalidade porquanto a Lei então atacada é anterior à Constituição Federal de 1988, e nesse caso a análise de constitucionalidade dar-se-ia no campo da recepção da norma, o que é feito em sede de ADPF. Melhor esclarecendo isso, temos o voto do relator no caso (Eros Grau):

A este tribunal incumbe, na arguição de descumprimento de preceito fundamental, aferir a compatibilidade entre textos normativos pré-constitucionais e atos normativos municipais e a Constituição, se e quando controversa tal compatibilidade, desde que não seja possível, a fim de que se a questione, a propositura de ação direta ou de ação declaratória. [...] (BRASIL, 2010).

Desse modo, a ação tinha como escopo aferir a compatibilidade entre o dispositivo

---

<sup>61</sup> O objeto em si da demanda será melhor explicitado quando tratar da decisão no *Caso Gomes Lund*, quando será possível traçar as diferenças entre os objetos.

legal e a Constituição, portanto, uma análise abstrata da norma, sem que fosse levado a juízo um caso concreto<sup>62</sup>.

A arguição então proposta teve como base petição inicial que, segundo decisão da Corte<sup>63</sup> (BRASIL, 2010), continha duas linhas de argumentação, uma em relação a não recepção do dispositivo legal pela Constituição de 1988, e outra que solicitava a interpretação conforme a constituição, desse mesmo dispositivo.

Mais, salienta-se que na petição inicial, que delimita o objeto da demanda<sup>64</sup>, não fora pleiteado que se verificasse a compatibilização do dispositivo legal com nenhum tratado de direitos humanos. Portanto, o Supremo Tribunal Federal, no caso, não foi retirado da inércia para que realizasse um controle de convencionalidade.

Ou seja, somente foi pleiteado o controle de constitucionalidade, haja vista que foi alegada tão somente a incompatibilidade da norma com preceitos fundamentais constantes na Constituição Federal; fato esse de extrema importância para o tema aqui tratado, e inclusive destacado na posterior decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Portanto, o Supremo Tribunal Federal não foi instado a realizar o controle de convencionalidade, destacando apenas uma ligeira citação, na inicial, de que teria havido cinco decisões da Corte Interamericana no sentido que pleiteavam, sem, contudo, pedir que se analisasse a compatibilidade com alguma norma de direito internacional dos direitos humanos (que seria a norma parâmetro apta ao controle de convencionalidade).

Pois bem, via de consequência, o Supremo Tribunal Federal não realizou o exame de compatibilidade com nenhuma norma de direito internacional dos direitos humanos, limitando-se a julgar o quanto proposto na petição inicial.

A demanda resumiu-se em discutir a compatibilidade com normas internas e a legitimidade do legislador que editou a Lei, vindo a ser julgada improcedente pelo tribunal. A improcedência da demanda deu-se nos termos do voto do relator (BRASIL, 2010), que não se utilizou de normas de direitos humanos como *ratio decidendi* (nem como *obiter dictum*, diga-se). A Corte Interamericana chegou à mesma conclusão quando do julgamento do *Caso Gomes Lund*:

No presente caso, o Tribunal observa que não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado e que, pelo

---

<sup>62</sup> Ao contrário do caso julgado na Corte Interamericana de Direitos Humanos, que teve como objeto o desrespeito a direitos humanos de determinadas pessoas.

<sup>63</sup> Que, por sua vez, consistiu no voto do relator Min. Eros Grau, conforme acórdão.

<sup>64</sup> Sem entrar na celeuma de se tratar de um processo objetivo, que poderia gerar conclusão diversa quanto à extensão da demanda.

contrário, a decisão do Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da Lei de Anistia, sem considerar as obrigações internacionais do Brasil derivadas do Direito internacional, particularmente aquelas estabelecidas nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 261).

Em razão disso, pode-se afirmar que, a rigor, a decisão do Supremo Tribunal Federal não julgou plenamente válida a Lei em questão, mas tão somente julgou que era compatível com a Constituição Federal.

Adiante, analisa-se o Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, a fim de destacar suas peculiaridades e eventuais diferenças da decisão aqui tratada (do STF), para somente depois discutir especificamente sobre a harmonia entre ambas decisões.

### 3.2.3.2 O Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil

O *Caso Gomes Lund* tem como “foro” a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O Brasil é vinculado às decisões da Corte em razão de a ter reconhecido como obrigatória pelo Decreto nº 4.463/02 (BRASIL, 2002b), que tem como fundamento o artigo 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, esta que, por sua vez, o Brasil também aderiu, a promulgando pelo Decreto nº 678/92 (BRASIL, 1992c).

Há, contudo, uma limitação temporal no reconhecimento da Corte, com marco em 10 de dezembro de 1998; somente podendo ser processada por atos posteriores à essa data.

Pois bem, a ação em questão foi proposta pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão que tem função similar à do Ministério Público no direito interno, e por entender ver desrespeitados direitos humanos, apresentou os respectivos fatos para a apreciação da Corte.

Denota-se que o objeto da presente ação é diverso do da então proposta no STF. Aquela ação teve como objeto uma norma abstrata, e dentro disso, inclusive, fora questionado tão somente um viés, ou seja, a auto anistia.

Por sua vez, o processo no campo internacional teve como objeto um caso concreto, que foi a massiva violação de direitos humanos na Guerrilha do Araguaia com a subseqüente complacência do Estado, que não aplicou as sanções respectivas e nem fez cessar o delito de desaparecimento forçado.

Explanando outro ponto diferenciação, a Corte chegou a afirmar que:

Quanto à alegação das partes a respeito de que se tratou de uma anistia, uma auto-anistia ou um “acordo político”, a Corte observa, como se depreende do critério reiterado no presente caso (par. 171 supra), que a incompatibilidade em relação à Convenção inclui as anistias de graves violações de direitos humanos e não se restringe somente às denominadas “autoanistias” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 260).

O objeto, portanto, é mais amplo aqui, e não chega nem a se esgotar nas “autoanistias”, atacando toda a anistia que resultaria na omissão do estado ao repúdio e resposta às massivas violações de direitos humanos que teria então ocorrido na Guerrilha do Araguaia.

Esse comportamento do Estado, então repudiado pela ordem internacional, fora sustentado pela Lei 6.683/79. A Lei da Anistia, portanto, serviu de base para que o Estado continuasse violando normas de direitos humanos, que obrigam o mesmo a investigar, punir, e dar uma resposta à sociedade, além de fornecer o aparato jurisdicional às vítimas.

De maneira mais clara, o objeto da ação proposta na Corte:

[...] se refere à alegada “responsabilidade [do Estado] pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, entre membros do Partido Comunista do Brasil [...] e camponeses da região, [...] resultado de operações do Exército brasileiro empreendidas entre 1972 e 1975 com o objetivo de erradicar a Guerrilha do Araguaia [...]” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 219).

Tais fatos resultaram em violação aos seguintes direitos: reconhecimento da personalidade jurídica, direito à vida, direito à integridade pessoal, direito à liberdade pessoal, garantias judiciais, liberdade de pensamento e expressão, e proteção judicial (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 219); todos esses constantes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Em um primeiro momento foram analisadas as exceções preliminares (incompetência temporal do Tribunal, falta de interesse processual, falta de esgotamento dos recursos internos, e regra da quarta instância e falta de esgotamento a respeito da ADPF), sendo que todas foram afastadas.

No que atine à incompetência temporal do Tribunal, fora alegado que a Corte somente teria competência aos fatos ocorridos após o reconhecimento da competência da Corte. Contudo, conforme fora ressaltado “este Tribunal estabeleceu que os atos de caráter contínuo ou permanente perduram durante todo o tempo em que o fato continua, mantendo-se sua falta de conformidade com a obrigação internacional” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 223) – referindo-se ao desaparecimento forçado – e, via de consequência, entendeu que a Corte seria

competente para analisar os mesmos<sup>65</sup>.

Quanto à última exceção preliminar – regra da quarta instância –, sua apresentação deu-se após a contestação do processo na Corte, quando o Estado informou que o Supremo Tribunal Federal teria julgado ADPF com a temática tratada naquele processo.

Tratava-se da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, e a informação de seu julgamento fora levada à Corte após o prazo oportuno para sua apresentação, contudo, aquele tribunal aceitou sua incorporação aos autos (como exceção preliminar) considerando ser um *fato superveniente*.

Em resposta, a Corte salientou que:

[...] o esclarecimento quanto à violação ou não, pelo Estado, de suas obrigações internacionais, em virtude da atuação de seus órgãos judiciais, pode levar este Tribunal a examinar os respectivos processos internos, inclusive, eventualmente, as decisões de tribunais superiores, para estabelecer sua compatibilidade com a Convenção Americana [...] (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 230).

Portanto, deixou claro que eventual julgamento interno não serve como obstáculo à análise pela Corte de violações à Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Por outro lado, elucidando o Duplo Controle e o controle de constitucionalidade e convencionalidade, foi dito que:

No presente caso, não se solicita à Corte Interamericana a realização de um exame da Lei de Anistia com relação à Constituição Nacional do Estado [...] mas que este Tribunal realize um controle de convencionalidade, ou seja, a análise da alegada incompatibilidade daquela lei com as obrigações internacionais do Brasil contidas na Convenção Americana [...] (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 230).

Desse modo, deixou nítida a diferenciação da apreciação do tribunal interno e do tribunal internacional, de maneira a afirmar que o julgamento interno não obstaculizaria aquele processamento, razão pela qual, nesses motivos, indeferiram referida exceção preliminar.

Quando do mérito, a Corte julgou todas as violações alegadas. Em relação ao desaparecimento forçado, reafirmou o seu caráter permanente (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 247), e quando discutindo sobre a obrigação do Estado “considerou, em sua jurisprudência reiterada, que a investigação penal e o conseqüente julgamento constituem

---

<sup>65</sup> O julgamento nesse ponto foi parcialmente procedente, haja vista que foram encontrados os restos mortais de uma das vítimas, cessando, portanto, seu desaparecimento forçado, e conseqüentemente cessando a violação por omissão do Estado.

medidas corretivas necessárias para as violações de direitos humanos” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 252).

Assim, para a Corte, a resposta às graves violações de direitos humanos só será efetiva se feita pelo Direito Penal do Estado. Trata-se de um viés punitivo que se encontra presente no direito internacional dos direitos humanos, tanto em mandados de criminalização<sup>66</sup>, como na responsabilização dos Estados pela omissão de punição penal.

Em face das violações constatadas pela Corte, fora discutida a reparação a que o Estado estaria obrigado, oportunidade em que “[...] a Corte indicou que toda violação de uma obrigação internacional que tenha provocado dano compreende o dever de repará-lo adequadamente [...] (2014, p. 279).

Por derradeiro, condenou o Brasil pelas violações ocorridas no território nacional, ordenando, dentre outras medidas, reparações delineadas na sentença (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 294-295), bem como a investigação e punição dos delitos praticados naquela época, alertando para o fato de “Para isso, o Estado deve levar em consideração que esses crimes são imprescritíveis e não podem ser objeto de anistias” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 280).

E, seguindo:

Por esse motivo, o Brasil deve adotar todas as medidas que sejam necessárias para assegurar que a Lei de Anistia e as leis de sigilo não continuem a representar um obstáculo para a persecução penal contra graves violações de direitos humanos (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 280).

Desse modo, restou esvaziada a anistia então concedida pela Lei 6.683/79, declarando, portanto, a incompatibilidade vertical dessa com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em um controle de convencionalidade internacional.

### 3.2.3.3 Consequências das decisões

Para que se verifique a harmonia entre as decisões, é necessário resgatar o quanto exposto em relação ao controle de convencionalidade e à teoria do duplo controle. Conforme já

---

<sup>66</sup> Disposições “convencionais” que dão uma ordem ao legislador interno, para que tipifique tal conduta como crime. Como exemplo no caso da Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, recentemente promulgada pelo Decreto nº 8.767/16, que em seu art. 4º estipula: “Cada Estado Parte tomará as medidas necessárias para assegurar que o desaparecimento forçado constitua crime em conformidade com o seu Direito Penal” (BRASIL, 2016)



demonstrado, as decisões não ocorrem de maneira a uma excluir a outra, e sim se complementarem, ocorrendo assim o duplo controle.

Ao se falar de duplo controle, está a se dizer que o controle de convencionalidade deve ser feito nas duas instâncias (interna e internacional), sendo que a decisão no campo internacional terá maior peso, porquanto se trata do controle “autêntico”, nos dizeres de André de Carvalho Ramos.

Assim, em suma, teremos três análises de compatibilidade vertical da legislação infraconstitucional: i) controle de constitucionalidade (a ser exercido pelo tribunal constitucional); ii) controle de convencionalidade de matriz nacional; e iii) controle de convencionalidade de matriz internacional.

Quanto ao controle de convencionalidade, temos que:

[...] quando um Estado é Parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes, também estão submetidos àquele, o que os obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam enfraquecidos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e finalidade [...] (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 260).

Portanto, ao se submeter a um tratado internacional de direitos humanos (no presente caso a Convenção Americana), o Estado terá que o aplicar, surgindo daí uma espécie de mandamento para a realização do controle de convencionalidade de matriz nacional.

Contudo, conforme mencionado, tal controle (de matriz nacional) será somente provisório, preliminar; uma vez que quem diz o real alcance, interpretação e aplicação das normas de direitos humanos é a Corte Internacional, para que assim uniformize o sentido e aplicação daquela norma, que será aplicada não somente àquele Estado, mas a todos os signatários, prescindindo, portanto, de uma aplicação uniforme para que se garanta um mínimo de segurança jurídica.

Em razão disso, a Corte Interamericana afirma que “[...] Nessa tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que a ele conferiu a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 260).

Portanto, o controle de convencionalidade nacional há que ser feito pautado nas decisões da Corte Interamericana, e não somente na norma da Convenção Americana, de maneira a dar efetividade ao tratado e afirmar a jurisprudência acerca do mesmo.

Retomando a temática, Lei da Anistia, teríamos basicamente que verificar eventual

colisão entre as decisões. Contudo, tal colisão ocorreria se as duas decisões tivessem como parâmetro a mesma norma.

Ou seja, abriria a discussão sobre colisão somente se houvesse controle de convencionalidade em ambos as “instâncias”, e somente se ambas as decisões tivessem com parâmetro de compatibilidade a Convenção Americana, o que não ocorreu.

Ainda que ocorresse controle de convencionalidade em ambas as decisões, como já sinalizado aqui, provavelmente a solução seria privilegiar a decisão “autêntica”, ou seja, da Corte Interamericana. Ocorre que esse não foi o caso, e via de consequência essa não é a discussão.

O que ocorreu, de fato, foi a análise de compatibilidade vertical tomando em conta normas diversas como parâmetro. Na Corte Interamericana o parâmetro de controle foi a Convenção Americana, ao passo em que no Supremo Tribunal Federal o parâmetro de controle foi a Constituição Federal. Nesses termos, inclusive, a Corte Interamericana, referindo-se ao julgamento da ADPF, afirmou que:

No presente caso, o Tribunal observa que não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado e que, pelo contrário, a decisão do Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da Lei de Anistia, sem considerar as obrigações internacionais do Brasil derivadas do Direito Internacional, particularmente aquelas estabelecidas nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014, p. 261).

Portanto, o Tribunal não entrou na celeuma de compatibilidade com o tratado, limitando-se apenas a analisar a compatibilidade com a Constituição Federal, que, conforme Ramos (2015a, p. 397):

No caso da ADPF 153, houve o controle de constitucionalidade. No caso Gomes Lund, houve o controle de convencionalidade. A anistia aos agentes da ditadura, para subsistir, deveria ter sobrevivido intacta aos dois controles, mas só passou (com votos contrários, diga-se) por um, o controle de constitucionalidade. Foi destroçada no controle de convencionalidade.

Sendo assim, reafirmamos que, a rigor, não houve declaração de plena validade da Lei. O que houve foi tão somente a afirmação de sua compatibilidade com a Constituição Federal.

Tal decisão, ao transitar em julgado, não obstaria que se efetuasse o controle de convencionalidade internacional, e nem, diga-se, o nacional. Poderia, inclusive, ser proposta

outra Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, tendo como “causa de pedir” a compatibilidade com a Convenção Americana, e assim, de fato realizaria o controle de convencionalidade de matriz nacional.

Desse modo, não há dúvida da harmonia de ambas as decisões, visto que proferidas em campos diversos, tomando parâmetros de controle diversos.

Por derradeiro, em geral, temos que as decisões judiciais devem sempre buscar uma harmonia, compatibilizando-se, com o poder judiciário local sempre utilizando as decisões da Corte Interamericana de Direito Humanos como base de conhecimento.

O embate entre as decisões não deixa nítida a influência de um tribunal sobre outro, e o mais importante a ser analisado, seria se após uma decisão da corte internacional, o tribunal interno iria se munir de seus fundamentos para decidir. Contudo, o julgamento interno ocorreu antes, impossibilitando essa possibilidade.

O que se pode extrair dessas decisões é que ainda não há, na prática, um comportamento ativo generalizado de proporcionar efetividade às normas de direitos humanos, ainda que em alguns casos o Brasil tenha efetivado essas normas.

### **3.3 Os Direitos Humanos e o poder constituinte: como esses direitos influenciam na feitura de uma nova Constituição**

De posse do conteúdo já abordado, da relação normativa e da atuação judicial, ambas de interação entre as normas de direitos humanos e Fundamentais; cumpre passar para o campo teórico específico do Poder Constituinte, a fim de verificar em abstrato a possibilidade (ou dever) de uma nova constituição utilizar-se de conteúdo de conhecimento de direitos protegidos por tratados internacionais.

Nesse sentido, Canotilho, elegendo a temática do poder constituinte como “uma das categorias mais importantes do constitucionalismo moderno” (CANOTILHO, 2003, p. 65), dá uma ligeira noção conceitual do que vem a ser o poder constituinte, em suas palavras:

[...] o poder constituinte se revela sempre como uma questão de “poder”, de “força” ou de “autoridade” política que está em condições de, numa determinada situação concreta, criar, garantir ou eliminar uma Constituição entendida como lei fundamental da comunidade política (CANOTILHO, 2003, p. 65).

Caracteriza-se, então, como uma força inovadora em uma determinada comunidade,

que faz surgir uma nova lei fundamental, ou seja, uma nova constituição, que por sua vez vem a inaugurar um novo ordenamento jurídico.

Partindo dessas premissas, temos que as constituições dependem da existência do poder constituinte, fazendo emergir a discussão sobre a sua legitimidade. De uma maneira geral, as normas possuem requisitos para que possam gerar efeitos, e dentre esses requisitos está a legitimidade de quem as produziu. A legitimidade, por sua vez, tem que ser aferida com base em um processo comparativo, onde se verifica a compatibilidade entre: i) a norma produzida; e ii) os poderes que o agente possui para produzi-la.

O agente criador da norma depende de determinado “poder” para a sua criação, e esse poder pode ou não ser dotado de legitimidade, e é nessa seara que se encontra uma grande discussão sobre o direito constitucional intertemporal, ou seja, sobre a substituição e nascimento de constituições no tempo.

A legitimidade do Poder Constituinte ultrapassa as questões de constitucionalidade e de legalidade, uma vez que essas características tomam como base as leis ou uma constituição já existente, ao passo em que um Poder Constituinte não se funda em um sistema jurídico já posto, conforme veremos.

Em tese, poderíamos identificar que esse poder pode ser analisado em três instâncias: se legal, se constitucional, e se legítimo. A legalidade é analisada quando o objeto superior de comparação é a Lei, a constitucionalidade tem lugar quando se verifica a compatibilidade face à Constituição.

Contudo, ao se tratar de uma norma constitucional, esse cenário se modifica:

No plano do direito positivo, a obra revolucionária<sup>67</sup> é sempre inconstitucional ou ilegal. Não é preciso demonstrá-lo. Essa obra, porém, é legítima ou ilegítima, segundo o “consensus”, segundo a idéia de direito predominante. É legítima a tomada do poder para a realização da idéia de direito que tem por si o “consensus”; ou seja, a legitimidade se mede em relação ao “consensus”, não se mede em relação ao direito positivo (FERREIRA FILHO, 1974, p. 57).

Essa situação ocorre uma vez que no tempo em que se propõe uma nova constituição, há, em geral, uma outra em vigor, e a derrubada de uma constituição vigente é por si só uma inconstitucionalidade intrínseca com base no ordenamento contemporâneo.

Em outras palavras, [...] é certo que a Constituição, obra imediata do Poder Constituinte, é anterior a qualquer constitucionalidade ou legalidade” (GRAU, 1985, p. 24), e

---

<sup>67</sup> Termo utilizado pelo autor, que nesse contexto equivale-se como sinônimo de “constituição”

isso ocorre porque esse Poder não está vinculado a ditames de uma constituição vigente, quanto menos de leis infraconstitucionais vigentes. Ao contrário, esse Poder é a base de partida da inauguração de um novo ordenamento jurídico.

O processo constituinte sempre será, então, por questões conceituais, uma ruptura a um sistema jurídico positivado. E para a eficiência desse processo, há a necessidade de se admitir que em um momento a constituição contemporânea ao processo será ceifada de sua validade por inteiro, suprimindo qualquer direito positivado que possa ceder poder para a construção da nova constituição.

Tal situação cria um vácuo de poder juridicamente justificado, fazendo com que o poder constituinte não seja um “poder de direito”, mas sim, um “poder de fato”<sup>68</sup>. E este poder de fato, ao fundar uma nova constituição, transmuda-se, novamente, em um poder jurídico:

Ocorre uma espécie de refração quando o poder, fato social primário, assume sentido jurídico. A noção de *poder constituinte*, que se entende sociologicamente a partir da noção de poder social, apresenta um momento bastante nítido se a interpretamos como concentração de um tipo de *passagem do poder ao direito* (SALDANHA, 1986, p. 65).

Ainda conforme o autor, e de grande elucidação, o “poder” constituinte é uma “potência constituinte” (SALDANHA, 1986, p. 65), ou seja, é a própria força propulsora de nascimento de uma nova instituição jurídica.

Essas premissas mostram que o poder constituinte deve ser baseado em uma legitimidade, e o momento de um processo constituinte não permite que essa legitimidade seja extraída de um ordenamento jurídico já posto e determinado (visto retirar fundamento de um poder de fato).

Portanto, a discussão que cerca a criação e entrada em vigor de uma nova ordem constitucional deve ser voltada na construção de legitimidade do poder constituinte, o que abre portas à análise da legitimidade material desse poder. E é nesse ponto que se volta a presente argumentação, uma vez que a construção dessa legitimidade é que evidenciará se as normas internacionais de direitos humanos tornam uma nova constituição legítima ou não, ou ainda, se tais normas são indiferentes nessa construção.

Em outras palavras, ao se propor um estudo sobre a interação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, sobretudo considerando a possibilidade de estes serem fontes

---

<sup>68</sup> Ainda que para algumas correntes, como o jusnaturalismo, esse poder caracterize-se como jurídico (SANTOS, 1980, p. 32)

materiais daqueles, deve se ter em mente que o processo constituinte tem grande influência, em especial o Poder Constituinte, de maneira que a questão sobre a sua legitimidade e os seus limites de atuação tem valor fundamental nessa temática.

Imiscuindo-se na temática da legitimidade, então, devemos perquirir como os direitos humanos internacionalmente reconhecidos auxiliam na construção de uma legitimidade material, e o que de fato vem a ser esta.

Abre-se, então, a questão acerca dos limites do Poder Constituinte, matéria sobre a qual, Souza Neto e Sarmento explicitam:

O poder constituinte é concebido como ilimitado, por não estar sujeito a limites jurídicos, especialmente às prescrições da ordem jurídica passada. A noção também é devida à Sieyès: “uma nação é independente de qualquer formalização positiva: basta que sua vontade apareça para que todo direito político cesse, como se estivesse diante da fonte e do mestre supremo de todo o direito positivo” (SOUZA NETO E SARMENTO, 2014, p. 253).

Todo o direito deve respeito à hierarquia constitucional, de maneira que toda a legislação deve ser compatível com a constituição. Ao se fundar uma nova ordem constitucional, está colocando a constituição atual em estado de ineficácia, e se propondo a criação de um novo regulamento político, que estará, por sua vez, em superior hierarquia às normas vigente na época.

Nesse sentido, em um primeiro momento aparenta ser pertinente adjetivar o Poder Constituinte como ilimitado e incondicionado, uma vez que não existem (naquele momento) outras normas jurídicas com força hierárquica para que o condicione. Em razão dessa conclusão prematura é que, conforme o autor, há uma concepção de que esse poder seja ilimitado. Referida conclusão é tomada em um contexto de positivismo jurídico, que “[...] como é sabido, arreda qualquer possibilidade de uma crítica material da constituição [...]” (PINTO, 1994, p. 37).

Contudo, essa posição não é única, de maneira que no decorrer da história essa concepção foi questionada, de início apontando para a possibilidade de este poder estar vinculado aos direitos naturais<sup>69</sup> (SOUZA NETO e SARMENTO, 2014, pp. 253-254), como afirma Krol, para quem, em “[...] Sieyès, a nação vincula-se ao direito natural. Portanto, apesar de não ter uma limitação jurídica anterior, o poder constituinte não poderia ignorar os preceitos de direito natural” (KROL, 2007, p. 100), uma vez que o próprio Sieyès afirma que:

---

<sup>69</sup> Posicionamento tomado por Sieyès, em escritos da época do jusnaturalismo iluminista (SOUZA NETO e SARMENTO, 2014, pp. 253-254)

Então sentimos a dupla necessidade de submeter o governo à determinadas formas, internas ou externas, que garantam a sua adequação à finalidade para a qual está estabelecida e à sua impossibilidade para afastar-se dela. Mas nos digam de quais pontos de vista, com qual interesse poderíamos ter dado uma constituição à própria nação. A nação existe acima de tudo, é a origem de tudo. Sua vontade é sempre legal, é a própria lei. Antes dela e acima dela há apenas direito natural (SIEYÈS, 2002, p. 53, tradução nossa).

Há, portanto, uma inclinação teórica em se considerar o Direito Natural com uma grande importância na delimitação dos poderes constituintes. A “natureza”, que fundamenta o “direito natural”, de uma maneira simples pode ser entendido como oposta à “cultura”, conforme mencionado por PIETROFORTE (2000, p. 23), baseando-se no tratado de direito natural de Tomás Antônio Gonzaga.

Por outro lado; de uma certa maneira, a construção de uma constituição cumpre o papel de positivizar esses direitos, o que ocorreu junto à história do constitucionalismo:

No humanismo, que inspirou o constitucionalismo, os direitos do ser humano eram vistos como direitos inatos e tidos como verdades evidentes. A positivação desses direitos nas constituições, que se inicia no século XVIII com a Revolução Francesa, almejava, ao menos teoricamente, conferir-lhes uma dimensão permanente e segura (POZZOLI, 2002, p. 80).

O apego ao jusnaturalismo teve grande relevo no contexto da Alemanha após os atos cometidos na Segunda Guerra Mundial, que teria atuado formalmente em consonância com o seu direito constitucional, gerando uma revisão do pensamento jurídico e um regresso ao direito natural (PINTO, 1994, pp. 65-66).

Nesse momento da história mundial, o jusnaturalismo havia ganhado força, e a referência a Deus apareceu no preâmbulo de quase todas as constituições dos Estados federados (PINTO, 1994, pp. 67-68); caracterizando um jusnaturalismo com relação ao divino, quadra histórica em que:

Observa-se, assim, entre os defensores de uma limitação suprapositiva à iniciativa legislativa do poder constituinte a preocupação de escorar essa limitação numa base mais sólida do que a oferecida por um direito natural que fosse simples produto da razão humana” (PINTO, 1994, p. 69).

Diante de um quadro em que a necessidade de justiça e respeito aos direitos humanos ganhou relevo face à segurança jurídica, o apego ao direito natural ganhou força, podendo se destacar como ponto fundamental desses pensamentos o fato de que há a consideração de que o Poder Constituinte não seja necessariamente ilimitado e incondicionado.

Existem fatores que cerceiam, portanto, o eventual poder absoluto na confecção de uma nova carta política, e esses fatores não se resumem ao direito natural. Ainda nesse ponto, Ferraz Junior discorre que

[...] Não é completamente autônomo porque, não só pela aceitação de um direito natural, mas pelo reconhecimento de uma série de limitações de ordem social, histórica, cultural, econômica, ideológica, etc., ele já vem restringido. Não é completamente incondicionado porque não só frequentemente já recebe prefixadas certas diretrizes básicas, como sobretudo porque tem de atuar e deliberar conforme certas regras que antecedem sua manifestação. Não obstante, a distinção está na base das discussões em torno da Assembleia Constituinte ou poderes constituintes ao Congresso (FERRAZ JUNIOR, 1986, p. 23).

Portanto, não se trata de um poder eminentemente ilimitado, e essa limitação pode constar da própria norma que conferiu a condição de “constituente” às pessoas, conforme Souza Neto e Sarmento:

Pode-se também discutir a vinculação do poder constituinte originário a limites materiais impostos pelas normas que convocaram a Assembleia Constituinte. Luís Roberto Barroso chama tais limites de “condicionamentos pré-constituintes” e eles não são incomuns. Algumas vezes, as forças políticas que deflagram o processo constituinte, além de definirem o processo de elaboração do novo texto, fixam limitações materiais a serem observadas (2014, p. 255).

Os condicionamentos pré-constituintes são, então, limites materiais impostos pelas normas que cederam poderes aos constituintes. A possibilidade de haverem tais condicionamentos, por si só, já traduz uma limitação ao Poder Constituinte, e o seu desrespeito leva à aparente conclusão de que houve um excesso de poder, exercido de maneira ilegítima, portanto.

Tudo isso relaciona-se à legitimidade do Poder Constituinte, e uma vez que tenham sido propostas condicionantes, a legitimidade do exercício do poder cinge-se a essas condicionantes, ou seja, a esses limites de atuação. Qualquer atitude que extrapole os limites traçados tornaria viciada a legitimidade do constituinte. Dispõe Luzia Marques da Silva Cabral Pinto:

Uma constituição será então legítima, ou seja, «algo mais que uma relação fáctica e instável de dominação», valendo como «ordenação conforme ao direito», quando «constitui» o Estado em conformidade com os valores dominantes da consciência social, «com os sentimentos e as ideias geralmente



difundidas numa comunidade» [...] (PINTO, 1994, pp. 20-21).

A legitimidade, portanto, também deve ser considerada no processo constituinte. De outro lado, a autora, nesse ponto, traz outro fator com potencial limitador do Poder Constituinte: “os valores dominantes da consciência social”, ou seja, os valores que aquela sociedade possui, de maneira que a constituição não seja uma norma descolada do desejo público.

Dentro da legitimidade necessária, podemos identificar duas espécies: a legitimidade formal, e a legitimidade material. A legitimidade formal está diretamente ligada à cessão de poderes de um povo para a pessoa, para que se torne constituinte; salientando que a maneira pela qual isso se realiza não tem uma padronização, uma vez que é necessariamente o ponto em que o poder desloca do “povo” para a mão de pessoas determinadas, estas que traduzirão esse poder na constituição.

A legitimidade material, por sua vez, é o citado conjunto de fatores que condicionam a atuação do constituinte a determinados limites de conteúdo, ora exercendo força para que se disponha sobre determinado direito, ora atuando como limite da intromissão estatal em determinada esfera do indivíduo ou da coletividade.

Esses fatores podem ser, conforme visto, o Direito Natural, os valores dominantes de consciência social, bem como outros, porém o que nos importa são os valores constantes em normas de direitos humanos. Dando conta desse contexto, Souza Neto e Sarmento afirmam que:

Hoje, contudo, mesmo na dimensão normativa, a ilimitação do poder constituinte vem sendo posta em questão. Há quem sustente que o poder constituinte se encontra juridicamente limitado pelos direitos humanos reconhecidos internacionalmente. Há também quem defenda que ele se limita por princípios suprapositivos de justiça (SOUZA NETO E SARMENTO, 2014, p. 254).

Também corroborando essa situação, Weissheimer afirma que:

O poder constituinte originário representa a possibilidade de organizar o Estado sem nenhuma limitação do direito positivo interno; limites, no entanto, ao menos no plano teórico, serão possíveis pelas normas de direito internacional e, conforme alguns autores, pelos princípios do direito natural, como imposição da lógica universal, mas sem vínculo com a positivação de regras. No mais, trata-se de poder juridicamente ilimitado, pois não existe direito antes dele; seus limites estão tão-somente sujeitos ao direito natural ou aos direitos fundamentais universalmente reconhecidos (WEISSHEIMER, 2000, p. 54).

Dentre os eventuais fatores condicionantes, estão os direitos humanos reconhecidos

internacionalmente, indicando que, na confecção dos direitos fundamentais constantes na constituição de um país, deve ser levado em conta as normas de caráter internacional já vigentes, e isso se deve ao fato de que, embora a constituição nova tenha força de revogação de todo o ordenamento interno, os tratados firmados no campo internacional não podem ser “sustados” pela mera vontade do Estado, fazendo com que ele continue vinculado e devendo o seu cumprimento.

Podemos perceber, então, que o Poder Constituinte necessita ser legítimo para a criação de uma constituição legítima. Essa legitimidade, por sua vez, não se relaciona somente com a legitimidade formal, que é porventura um ato procedimental de cessão de poderes.

Além disso, há respaldo teórico de que há uma limitação material, ou seja, uma limitação de conteúdo, considerando direitos que já estariam pré-existentes na sociedade, ainda que no procedimento da constituinte haja um vácuo normativo, conforme mencionado.

Essa “limitação” tem que ser vista com maior cuidado, pois não é uma “limitação” propriamente dita, mas sim um delineamento do que pode e não pode ser estipulado na constituição que nascerá, e sobretudo o que “deve” ser estipulado, configurando direitos já considerados conquistados em uma determinada sociedade.

Esses direitos, pelo arcabouço teórico visitado, são oriundos principalmente de duas esferas: o direito natural, e os direitos contidos em normas internacionais. O primeiro não nos importa essencialmente aqui, uma vez que delimitamos o objeto de pesquisa nos direitos humanos positivados. E isso foi feito porque é o que se mostrou palpável de verificação.

A segunda ocorrência, ou seja, o fato de os direitos humanos positivados servirem de base à construção de uma nova constituição, como limites, deve ser lida com a ressalva anterior, de que esses “limites” são na verdade um delineamento do que pode e deve ser tratado nessa constituição, de maneira a poderem servir tanto de “freios” quanto de “propulsores” da nova ordem jurídica.

Por essas razões, essa análise do Poder Constituinte nos leva a concluir pelo acerto da hipótese proposta.

No mais, o conteúdo fornecido pelo terceiro capítulo, em geral, possibilitou um olhar sobre o tema de maneira mais ampla, podendo concluir que, em termos normativos atuais, não há uma regra específica de que um Direito Fundamental ou Humano tenha incisividade maior sobre o outro, mas sim, que em termos gerais, os direitos humanos ficam aquém, cumprindo seu papel sem se imiscuir no direito interno de maneira bruta.

O objetivo de atacar o tema por meio de três linhas: normativa (3.1), jurisprudencial (3.2), e teórica (3.3); forneceu uma compreensão geral sobre a interação entre os direitos

humanos e os direitos fundamentais, demonstrando que podem ser extraídos institutos que fornecem uma unidade para o trabalho com esses direitos, como o bloco de constitucionalidade, a teoria do duplo controle, e esse sistema é guarnecido por “travas”, conforme aventado no item 3.1.3.

Portanto, esse arcabouço teórico obtido com o aprofundamento nesse capítulo, junto com o que já mencionado pouco acima, nos fornece substrato suficiente para afirmar a correção da hipótese de pesquisa, ou seja, de que os direitos humanos podem ser considerados como fonte material dos direitos fundamentais.

## CONCLUSÃO

A proposta da presente pesquisa foi a de investigar a interação das normas de direitos fundamentais com as normas de direitos humanos, com a hipótese de pesquisa de que os direitos humanos pudessem ser utilizados como fonte material de produção dos direitos fundamentais.

O tratamento desse tema merece uma ponderação, a título de esclarecimento. Não se almejou identificar os direitos humanos como a única fonte material de produção de direitos fundamentais, tampouco que a única função daqueles direitos fosse essa, buscou-se, sim, averiguar a ocorrência desse fenômeno, a ponto de se permitir a afirmação e desta forma, fornecer mais um elemento de entendimento no trato dos direitos humanos.

De uma maneira geral, o grande tema tratado foi a interação entre as normas de direitos humanos e de direitos fundamentais, e durante todo o trabalho foram se apresentando indícios de que a hipótese de pesquisa se confirmaria.

Em um primeiro momento, o conteúdo histórico deixou claro que existe uma concatenação entre os documentos protetivos históricos, mostrando que historicamente já há uma utilização de uma norma como fundamento de outra. E isso não reflete nenhuma questão complexa, mas tão somente a questão da evolução de conquistas.

Ou seja, quando a humanidade dá um passo para frente em sua evolução, ela carrega consigo o que já conquistou anteriormente, e isso significa não retroceder. Em outras palavras, uma nova conquista social, um novo direito, não exclui um direito anteriormente já conquistado. Ao menos essa é a regra geral do desenvolvimento humano.

Com o aparecimento de constituições, essas questões foram se mostrando cada vez mais clara, uma vez que na criação de uma constituição, a nação (ou povo) responsável por ela, utilizava-se de direitos já conquistados anteriormente para criá-la.

Em um momento histórico a abordagem dos direitos protetivos da pessoa humana obteve uma abordagem diferente, foi o fenômeno da internacionalização, fazendo com que existissem dois campos diferentes de proteção: o campo interno e o campo internacional.

Com base nessa duplicidade é que se ofereceu a presente pesquisa. Aquele fenômeno que sempre ocorreu, de novas constituições se utilizarem de normas antigas; também ocorreria entre as normas internas e internacionais?

E trazendo essa problemática para termos mais técnicos, os direitos humanos são fonte material dos direitos fundamentais?

Para a resposta dessa questão, optou-se por procurar os meios pelos quais seria correto responder, e nesse sentido, atacou-se o problema por meio de alguns ângulos distintos. A análise

normativa, realizada pela verificação bruta, direito por direito, da interação entre normas da constituição e de tratados internacionais, ofereceu alguns resultados.

Uma das coisas que se esperava não se confirmou, era de que as normas de direitos humanos teriam um viés mais aberto e abstrato. O que se mostrou foi que, cada direito responde a uma lógica diferente, havendo até situações contrárias, e isso foi trabalhado de maneira densa, e depois oferecido um tratamento mais sintético, respectivamente no segundo e terceiro capítulo.

Por outro lado, embora não tenha ficado demonstrado de maneira satisfatória que os direitos humanos fossem em regra mais abertos e abstratos, esse estudo ofereceu informações que demonstraram um sistema harmônico, onde a interação entre as normas protetivas existentes forma um arcabouço protetivo, sem a prevalência muito grande de um campo de normas sobre outro.

O estrato obtido por essas questões abriu caminho para se trabalhar com os pontos mais teóricos, revelando uma imensa interação entre os institutos jurídicos relacionados, sobretudo o art. 5º, § 2º, que de um lado fornece uma “trava” para não permitir retrocessos interpretativos, e de outro lado permite a utilização de institutos jurídicos que fornecem maior efetividade.

Dentre esses, está a concepção de bloco de constitucionalidade, que de certa maneira estende os direitos fundamentais para fora da carta constitucional.

A análise jurisprudencial, munida da teoria do duplo controle e de um trabalho sobre o controle de convencionalidade, deixou nítido que o país está municiado para a aplicação dos direitos humanos, ainda que seja incipiente a sua utilização na argumentação e em julgamentos.

Com essas considerações, e de posse de um conteúdo que imprime um caráter harmônico entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, pudemos concluir que o sistema interno está todo relacionado com o sistema internacional, e esta relação calcada em um estudo incisivo sobre o Poder Constituinte, permitiu obtermos a resposta sobre o problema de pesquisa.

O estudo sobre a situação atual, ou seja, sobre qual a influência declarada expressamente pelos constituintes (item 3.1.2) mostrou que houve uma pequena influência manifestada pelos constituintes, não deixando muito clara a sua ocorrência de fato em relação à Constituição de 1988.

Contudo, ao se trabalhar com a legitimidade do Poder Constituinte, chegou-se à situação em que não há somente a legitimidade formal para o exercício desse poder, mas também a legitimidade material, e esta legitimidade urge o respeito a determinadas normas, que

de certa maneira já são consideradas como existentes em uma determinada sociedade.

Nesse campo é que se encontram as normas de direitos humanos, como requisitos propulsores da legitimação material do Poder Constituinte Originário. Nesse contexto, o poder constituinte, ou “potência constituinte”, conforme visto, pode e deve se utilizar do substrato de conhecimento das normas de direitos humanos para a feitura da nova constituição.

Portanto, todo o conteúdo da pesquisa, mostrando a interação entre os dois campos normativos, demonstrando a sua harmonia, proporcionou concluir que a hipótese de pesquisa está correta, ou seja, os direitos humanos são fontes materiais dos direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2014.

AGUILAR, Sérgio Luiz Cruz. Considerações sobre as Convenções Internacionais do Clima e da Biodiversidade e o Brasil. **Revista Em Tempo**, [S.l.], v. 8, aug. 2011. ISSN 1984-7858. Disponível em: <<http://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/275>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

AFONSO, Henrique Weil; MAGALHÃES, José Luiz Quadros De. Direito Internacional Fragmentado e Proteção aos Direitos Humanos: Algumas Repercussões para o Desenvolvimento dos Estados. **Revista Em Tempo**, [S.l.], v. 11, p. 27-39, dec. 2012. ISSN 1984-7858. Disponível em: <<http://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/331>>. Acesso em: 15 de novembro de 2018.

ALMEIDA, Paulo Roberto de. A democratização da sociedade internacional e o Brasil: ensaio sobre uma mutação histórica de longo prazo (1815-1997). **Revista Brasileira de Política Internacional**, [s.l.], v. 40, n. 2, p.76-105, dez. 1997. FapUNIFESP (SciELO). <<http://dx.doi.org/10.1590/s0034-73291997000200004>>.

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. (1948). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <[https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf)>. Acesso em: 15 de novembro de 2018.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 15 de novembro de 2018.

BRASIL. (1945). **Decreto nº 19.841**, de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/d19841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm)> Acesso em: 15 de novembro de 2018.

BRASIL. (1992a). **Decreto nº 592**, de 06 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)> Acesso em: 15 de novembro de 2018.

BRASIL. (1992b). **Decreto nº 591**, de 06 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm)> Acesso em: 15 de novembro de 2018.

BRASIL. (1992c). **Decreto nº 678**, de 09 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)> Acesso em: 15 de novembro de 2018.

BRASIL. (1999a). **Decreto nº 3.321**, de 30 de dezembro de 1999. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais “Protocolo de São Salvador”, concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3321.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3321.htm)> Acesso em: 15 de novembro de 2018.

BRASIL. (1999b). **Lei nº 9.882**, de 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm)> Acesso em: 15 de novembro de 2018.

BRASIL. (2002a). **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 15 de novembro de 2018.

BRASIL. (2002b). **Decreto nº 4.463**, de 08 de novembro de 2002. Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969.. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4463.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4463.htm)>. Acesso em: 15 de novembro de 2018.



BRASIL. (2004). Constituição. **Emenda Constitucional n.º 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm)> Acesso em: 15 de novembro de 2018.

BRASIL. (2008). Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 466.343/SP**. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 15 de novembro de 2018.

BRASIL. (2010). Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153**. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 15 de novembro de 2018.

BRASIL. (2016). **Decreto nº 8.767**, de 11 de maio de 2016. Promulga a Convenção Internacional para a Proteção de todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, firmado pela República Federativa do Brasil em 6 de fevereiro de 2007. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/decreto/D8767.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8767.htm)> Acesso em: 15 de novembro de 2018.

CAMARA DOS DEPUTADOS. (2013). **A Construção do artigo 5º da Constituição de 1988**. Brasília. Disponível em: < [http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/15176/construcao\\_artigo\\_constituicao.pdf?sequence=7](http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/15176/construcao_artigo_constituicao.pdf?sequence=7)>. Acesso em: 15 de novembro de 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CNJ. (2015). **Resolução nº 213**, de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>> Acesso em: 15 de novembro de 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIAS, Norton Maldonado. Crítica ao Pensamento de Karel Vasak e Norberto Bobbio Acerca do Surgimento dos Direitos humanos em Face aos Tratados e Convenções Internacionais. **Rev. Colomb. Derecho Int. Bogotá (Colombia)**. n.31, p.59-80, jul-dez/2017.

DIAS, Norton Maldonado; MACHADO, Edinilson Donisete. Reflexões sobre a Crise na Determinação dos Direitos Fundamentais nos Pensamentos de Thomas Humphrey Marshall e Karel Vasak. **Revista da Faculdade de Direito Ufpr**, [s.l.], v. 62, n. 1, p.183-208, 29 maio 2017. Universidade Federal do Parana. <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v62i1.45775>.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2014.

DOMÍNGUEZ, Pablo González. La relación entre la doctrina del control de convencionalidad y el derecho nacional. Cuestiones Constitucionales **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, [s.l.], v. 1, n. 38, p.199-226, 13 dez. 2017. Universidad Nacional Autonoma de Mexico. <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2018.38.11880>.

DUEÑAS, Carlos Cerda. La nota diplomática en el contexto del soft law y de las fuentes de derecho internacional. **Revista de Derecho (valdivia)**, [s.l.], v. 30, n. 2, p.159-179, dez. 2017. SciELO Comision Nacional de Investigacion Cientifica Y Tecnologica (CONICYT). <http://dx.doi.org/10.4067/s0718-09502017000200007>.

FERNANDES. Rosemeire Mançano. **História dos Direitos Humanos e uma nova cidadania em prol de sua efetivação**. 2004. 197 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, 2004.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Constituinte: Assembléia, processo, poder**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 1988.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito Constitucional Comparado**. São Paulo: Ed. Da Universidade de São Paulo, 1974.

FIGUEIREDO, Eduardo; SANTANA, Isael José. Breves Notas Para O Estudo Dos Direito Humanos. **Revista Em Tempo**, [S.l.], v. 2, mar. 2009. ISSN 1984-7858. Disponível em: <<http://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/71>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

FURLANETO NETO, Mário. SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. Polícia do Estado: a

segurança enquanto direito social. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; LEÃO JUNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa (Org.). **Direitos Sociais: Uma abordagem quanto à (in)efetividade desses direitos – a Constituição de 1988 e suas previsões sociais**. Birigui: Boreal, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. v.1, São Paulo: Saraiva, 2014.

GRAU, Eros. **A Constituinte e a Constituição que Queremos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

JARAMILLO, Leonardo García. De la “constitucionalización” a la “convencionalización” del ordenamiento jurídico. La contribución del ius constitutionale commune. **Revista Derecho del Estado**, [s.l.], n. 36, p.131-166, 28 jul. 2016. Universidad Externado de Colombia. <http://dx.doi.org/10.18601/01229893.n36.05>.

KROL, Heloísa da Silva. Limites Materiais ao Poder Constituinte Originário: Uma Releitura da Teoria Constitucional a Partir da Noção de Direitos Humanos Fundamentais. **Revista dos Tribunais**, v. 861, p.33-52, jul.2017.

LAFER, Celso. In: BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

LEVORATO, Danielle Mastelari. O Direito Ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado. **Revista Em Tempo**, [S.l.], v. 5, mar. 2010. ISSN 1984-7858. Disponível em: <<http://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/187>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. v. 1. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988**. São Paulo:

Verbatim, 2009.

OEA. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. (Aprovada na Nona Conferência Internacional Americana, Bogotá, 1948), 1948. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm)>. Acesso em: 15 de novembro de 2018.

OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya. Limites e Perspectivas do Diálogo Entre o Constitucionalismo Popular e Democrático e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. **Novos Estudos Jurídicos**, [s.l.], v. 23, n. 1, p.35-70, 30 abr. 2018. Editora UNIVALI. <<http://dx.doi.org/10.14210/nej.v23n1.p35-70>>.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v.1.

PIETROFORTE, Antonio Vicente Seraphim. O Tratado de Direito Natural de Tomás Antonio Gonzaga. **Revista Em Tempo**, [S.l.], v. 2, mar. 2009. ISSN 1984-7858. Disponível em: <<http://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/68>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. **Os Limites do Poder Constituinte e a Legitimação Material da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1994.

POZZOLI, Lafayette; CRUZ, Álvaro Augusto Fernandes da. Princípio Constitucional da Dignidade Humana E O Direito Fraternal. **Revista Em Tempo**, [S.l.], v. 9, aug. 2011. ISSN 1984-7858. Disponível em: <<http://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/283>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

POZZOLI, Lafayette. Humanismo = Dignidade Da Pessoa Humana. **Revista Em Tempo**, [S.l.], v. 4, mar. 2009. ISSN 1984-7858. Disponível em: <<http://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/126>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

RAMOS, André de Carvalho **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2015a.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015b.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: Curso Elementar**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SALDANHA, Nelson. **O Poder Constituinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

SANTOS, Amaral. **O Poder Constituinte: (A Natureza e Titularidade do Poder Constituinte Originário)**. São Paulo; Sugestões Literárias, 1980.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **Qu'est-ce que le Tier état?**. Paris: Éditions du Boucher, 2002.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

STF (2009). **Súmula Vinculante nº 25**. Brasília.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Dilemas e desafios da Proteção Internacional dos Direitos Humanos no limiar do século XXI. **Revista Brasileira de Política Internacional**, [s.l.], v. 40, n. 1, p.167-177, jun. 1997. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0034-73291997000100007>.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. v. 1. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003.

WEISSHEIMER, José Alvaro de Vasconcelos. Poder Constituinte originário. **Justiça do Direito**. n.14, p.52-61, 2000.