

Capítulo 1

DIREITOS HUMANOS E TURISMO

MARCUS VINICIUS RIBEIRO*

1. DIREITOS HUMANOS

O homem deve ser considerado o mais importante de todos os valores protegidos pelo Direito. Aliás, o Direito só existe em função dele e para ele. Dessa concepção é que nasceu a ideia de pessoa: "A pessoa é o valor-fonte de todos os valores"¹. Assim sendo, a dignidade é uma qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano e "certos de que a destruição de um implicaria a destruição do outro, é que o respeito e a proteção da dignidade da pessoa (de cada uma e de todas as pessoas) constituem-se (ou, ao menos, assim deveriam) em meta permanente da humanidade e do Estado de Direito"².

1.1. Conceito

Direitos humanos é uma expressão vaga e difícil de ser definida. Mais importante que a definição é sua ideia em si, até porque ela geralmente é tautológica ou redundante: "direitos humanos são os que cabem ao homem enquanto homem" ou "são aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer a todos os homens". Dessa forma, o que deve ficar claro é que o homem, enquanto ser humano, possui certos direitos que devem ser respeitados e

* Defensor Público do Estado de São Paulo, Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP, Pós-graduado em Direitos Humanos pela ESPGE-SP, Professor da UniAnchieta.

1 Cf. Miguel Reale, *Filosofia do direito*, p. 211.

2 Ingo Wolfgang Sarlet, *A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, p. 27.

garantidos e ninguém, nem mesmo o Estado – e principalmente ele, que existe para garantir seu bem-estar –, pode violar. Todos os homens são titulares destes direitos e nem os próprios podem aliená-los³.

José Joaquim Gomes Canotilho⁴ identifica que as expressões direitos humanos e direitos fundamentais são frequentemente usadas como sinônimas. Mas, segundo sua origem e o respectivo significado, podem ser distinguidas pelo fato de os direitos humanos serem direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (*dimensão jusnaturalista-universalista*), enquanto os direitos fundamentais são os direitos do homem, “jurídico-institucionalmente” garantidos e limitados “espaço-temporalmente”.

Destarte, direitos humanos e direitos fundamentais referem-se à mesma gama de direitos, sendo que os primeiros estão mais ligados a um aspecto filosófico e de direito natural, enquanto os derradeiros à previsão constitucional dos mesmos. René Cassin⁵ definiu a ciência dos direitos humanos como um ramo particular das ciências sociais, que tem por objetivo estudar as relações entre os homens em função da dignidade humana, determinando os direitos e faculdades necessários para o desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo.

Por seu turno, Jorge Miranda⁶ entende por direitos fundamentais “os direitos ou as posições jurídicas subjectivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde, direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material”.

O fundamento para a existência dos direitos humanos (ou direitos fundamentais) está, justamente, nesta historicidade, vez que seu reconhecimento não se deu por meio de doutrinas ou teorias, mas com conquistas sociais que se afirmaram através de lutas e revoluções, no decorrer dos tempos, promovidas por diversas gerações de oprimidos e excluídos e, a cada momento, foi se reivindicando proteção de níveis mínimos de igualdade, democracia e existência digna, como condição para a sobrevivência pacífica.

Parte da doutrina divide os direitos humanos em fases. Em um primeiro momento, surgiram os chamados *direitos humanos de primeira geração*, li-

3 Norberto Bobbio, *A era dos direitos*, p. 17.

4 *Direito constitucional*, 1993, p. 517.

5 Apud Germán J. Bidard Campos, *Teoria general de los derechos humanos*, p. 53.

6 *Manual de direito constitucional*, Tomo VI, p. 7.

gados à ideia das liberdades do indivíduo, ou seja, a possibilidade de este viver sem interferência dos detentores do Poder estatal. O Estado tinha uma obrigação meramente negativa, ou seja, não poderia interferir na vida pessoal do indivíduo para impedir que ele fosse atingido em seus direitos mais elementares como o direito à vida, à propriedade, à intimidade, à vida privada, à igualdade, à liberdade de expressão, à dignidade etc.

Posteriormente, foi percebido que não bastava evitar que o Estado ofendesse as liberdades do indivíduo, mas que era necessário que ele deveria agir proporcionando níveis mínimos de subsistência digna e evitando que as pessoas se ofendessem umas às outras. Surgiram, então, os chamados *direitos humanos de segunda geração*, que contemplam uma conduta positiva por parte do Estado. Assim, passou-se a exigir ação do Poder Público. São estes os chamados direitos sociais, protegidos por um Estado que se convencionou chamar de “Estado de Bem-estar” (*Welfare State*).

Por seu turno, os *direitos humanos de terceira geração* contemplam a proteção dos chamados interesses difusos ou coletivos, ou seja, não visam proteger um indivíduo isoladamente, mas uma coletividade de indivíduos postos na mesma situação. São direitos desta espécie: o direito de viver em um ambiente não poluído, de respeito ao patrimônio histórico e cultural, garantias ao consumidor etc. Esta modalidade de proteção se deu, pois a proteção isolada do indivíduo passou a não ser mais suficiente. Isto é, a proteção individual já não bastava diante de determinados feitos que ofendem certa quantidade, determinável ou indeterminável, de pessoas postas na mesma situação jurídica.

Cogita-se em uma quarta modalidade de direitos humanos que estaria ligada à ideia de manipulação do patrimônio genético do indivíduo, à bioética e ao biodireito, devido aos efeitos, cada vez mais traumáticos, da pesquisa biológica com produção de alimentos transgênicos, manipulação de embriões ou genes humanos que possam ser usados indevidamente etc.⁷.

É preciso ressaltar, entretanto, que as matrizes dos direitos humanos foram construídas por uma classe dominante. Vale dizer: segundo a ética do homem (ser masculino) branco, cristão, ocidental e proprietário. Assim, é possível afirmar que os direitos humanos são direitos burgueses e que acabam por justificar e perpetuar o modelo de Estado liberal burguês. Até mesmo os direitos sociais são direitos compensatórios para manter a dominação da grande massa.

7 Cf. Norberto Bobbio, ob. cit., p. 6.

De qualquer forma, em qualquer modelo de Estado, essas necessidades dos seres humanos devem ser respeitadas. É certo que a humanidade partilha de alguns valores comuns que devem ser garantidos. Mas outros variam de lugar para lugar e de tempos em tempos. Com efeito, a liberdade, a igualdade e a dignidade do homem são ideais a se perseguir em qualquer local ou época. Outros mudam de culturas a culturas e de tempos em tempos. E mais, mesmo o que se entende por tais direitos pode mudar conforme o entendimento de cada um.

A ideia de que o homem nasce livre e igual em dignidade e direitos é básica para a proteção dos direitos humanos, mas a proteção efetiva somente se dará com a respectiva previsão legal. Uma coisa é o direito que se tem, outra é o que se gostaria de ter. Para saber qual o direito que se tem, deve ser examinado o ordenamento jurídico (direito positivo), mas, para saber o direito que se gostaria de ter e buscar razões para futuras consagrações, o direito natural é imprescindível.

Marcelo Neves afirma que

os direitos humanos têm muito pouco a ver com o consenso ou condições discursivas ideais para a busca do consenso. Ao contrário, a ideia de direitos humanos emerge no contexto do dissenso estrutural que advém com o surgimento da sociedade moderna, dissenso este (insisto) tanto à integração sistêmica conflituosa entre as esferas de comunicação com pretensão de autonomia e à heterogeneidade de jogos de linguagem, quanto à divergência de valores, expectativas e interesses das pessoas e grupos⁸.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Os direitos humanos sempre existiram, pois são inerentes do ser humano enquanto tal. Entretanto, nem sempre foram identificados e reconhecidos. Além disso, certamente, nem todos já são conhecidos.

A consagração dos direitos humanos no ordenamento jurídico foi fruto de uma longa evolução da sociedade, que foi notada por filósofos e juristas, somente sendo conquistadas garantias por parte do indivíduo por meio de lutas e disputas entre governantes e governados.

2.1. A Antiguidade Greco-Romana

No período clássico da cultura grega, filósofos como Platão e Aristóteles

8 Idem, ibidem, p. 514.

foram importantes para a primeira percepção da existência dos direitos humanos. Na Grécia Antiga já havia ideias de cidadania, mas não se percebia a noção de ser individual, sendo que não se indagou, concretamente, sobre a existência de direitos fundamentais do indivíduo em face do Estado e de seus agentes. Ao contrário, os pensadores gregos acreditavam que a personalidade humana somente podia se desenvolver se estivesse integrada e subordinada ao Poder Público. Aristóteles entendia que o homem deveria viver em função do Estado.

A economia grega era baseada na guerra e no escravagismo. Desse modo, em tal sociedade não havia igualdade e liberdade para todos, sendo que Atenas contava apenas com cerca de 30.000 homens livres. Porém, já se encontravam fragmentos de direitos humanos que foram importantes para as gerações futuras. Os estoicos usavam exemplos da natureza para formular e questionar noções de igualdade e dignidade, pois se os animais não faziam distinção entre os membros de cada grupo, por que os homens haveriam de fazer?

Por seu turno, os juristas romanos tinham formação filosófica e conheciam os pensadores gregos, mas a preocupação destes foi, ao contrário dos primeiros, eminentemente prática. Com efeito, os romanos foram grandes aplicadores da filosofia grega nas relações humanas. Eles reconheciam o fato de que nem sempre o justo coincide com o lícito. Alguns primórdios de reconhecimento dos direitos humanos também já estavam presentes no Direito Romano, como o veto do tribuno da plebe contra ações injustas dos patrícios, a lei de *Valério Públicola*, que proibia penas corporais contra cidadãos em certas situações, a *Lex Julia de Adulteris*, remoto antecedente da prescrição penal, e o *Interdicto de Homine Libero Exhibendo*, remoto antecedente do *habeas corpus*, entre outras disposições.

Conforme afirma Vicente Greco Filho⁹, o processo romano atingiu alto grau de evolução ainda hoje admirado. Em suas três fases (das ações da lei, o período formulário e o da *cognitio extra ordinem*) a aplicação do direito foi aprimorada, "mas em nenhum momento o mecanismo judicial se estruturou no sentido de garantir a pessoa contra a vontade do imperador".

2.2. O Cristianismo

Com o Cristianismo existe uma ruptura com a cultura judaica, que de-

9 Idem, ibidem, p. 26.

fendia a existência de um povo escolhido por Deus. Assim, todos passaram a ser considerados filhos de um mesmo Deus.

Quanto à influência do cristianismo para o reconhecimento dos direitos fundamentais, Meyreles Teixeira¹⁰ sustenta que “pode-se afirmar ter sido o Cristianismo que, não só do ponto de vista político, como no campo geral das valorações, fundou a dignidade do homem como ser individual, racional e livre, criatura de Deus, chamada a uma vida sobrenatural e imortal”. Tal fato se deu devido à doutrina cristã definir o homem como criado à imagem e semelhança de Deus. Outro aspecto importante do cristianismo é o fato de a Igreja defender que todo poder deriva de Deus e, destarte, para qualquer outro existem limites. Por derradeiro, ao considerar que Deus deu a vida ao homem, somente ele, e não o Estado, poderia tirá-la da pessoa. Tais concepções foram importantes para o reconhecimento dos direitos fundamentais (ou direitos humanos) e para se perceber que devem existir limites para o poder estatal.

Bem por isso, Jorge Miranda¹¹ defende que foi com o cristianismo que todos os seres humanos passaram a ser considerados como pessoas dotadas de “eminente valor” pelo simples fato de o serem como tal, tendo sido criadas à imagem e semelhança de Deus e, assim, todos os homens possuem uma liberdade irrenunciável que nenhuma sujeição política ou social pode destruir.

Porém, do ponto de vista concreto, demorou ainda para que os direitos do indivíduo fossem garantidos contra os detentores do Poder. Aliás, a própria Igreja, na época da Inquisição, cometeu graves ofensas aos direitos humanos. Assim, se o cristianismo, filosoficamente, contribuiu para o reconhecimento dos direitos do homem, não serviu para assegurá-los na prática, inclusive porque a Igreja muitas vezes foi usada como forma de garantir o domínio da grande massa da população por parte dos detentores do Poder. E mais, conforme mencionado, e não é demais repetir, a própria Igreja cristã, na época da Idade Média, foi a principal responsável por uma das maiores violações de direitos humanos já ocorridas em todos os tempos.

2.3. A Magna Carta de João Sem Terra e as Constituições de Melfi

Com a decadência do Absolutismo, os reis, já sem o mesmo poder que

10 Idem, ibidem.

11 Idem, ibidem, p. 17, citando Gino Concetti.

tinham seus antecessores, pactuaram acordos com seus súditos, pelos quais era confirmada a supremacia monárquica mediante concessões a certas classes sociais privilegiadas. O mais conhecido desses acordos foi a *Magna Carta Libertatum*, firmada na Inglaterra, em 1215, pelo Rei João Sem Terra, quando este se apresentava enfraquecido por derrotas militares que havia sofrido.

Deve ser advertido, entretanto, que quando os barões obrigaram o rei João Sem Terra, sob a força das armas, a assinar tal documento, as modernas ideias dos direitos fundamentais e de liberdade sequer tinham sido cogitadas. Lembra-se, outrossim, conforme fez José Afonso da Silva¹², “que a Magna Carta, assinada em 1215, mas tornada definitiva só em 1225, não é de natureza constitucional, longe de ser a Carta das liberdades nacionais, é, sobretudo, uma carta feudal, feita para proteger os privilégios dos barões e os direitos dos homens livres”. Ora, homens livres, naquele tempo, eram tão poucos que podiam ser contados, sendo que nada de novo se fez em favor dos que não eram livres.

Além disso, após firmar a *Magna Carta Libertatum*, o Rei João Sem Terra procurou livrar-se dela, solicitando ao Papa que suspendesse seu cumprimento. Vários séculos se passaram para que os princípios nela contidos (que influenciaram quase todas as Constituições modernas) fossem, de fato, respeitados. De qualquer forma, a Magna Carta foi um marco decisivo entre o sistema de arbítrio do poder estatal e a nova era dos direitos fundamentais. Com efeito, a Carta serviu para que as gerações posteriores tomassem conhecimento de seu texto, extraíssem seus princípios e percebessem a existência de direitos da comunidade, que o próprio Estado deveria respeitar, além de fazer valer tais disposições¹³.

De qualquer forma, conforme mencionado, vários direitos fundamentais que hoje são reconhecidos já estavam previstos em tal documento, como o direito do cidadão de obter *habeas corpus*, os princípios do devido processo legal (*due process of law*) e da legalidade, além da instituição do julgamento popular pelo Tribunal de Júri.

Vicente Greco Filho¹⁴ nota, ainda, que no continente europeu, durante o século XIII, existiu uma grande influência na concepção de Estado e de organização jurídica por parte do soberano Federico II de Svevia. Esse sobe-

12 Idem, ibidem, p. 136.

13 Vicente Greco Filho, ob. cit., p. 29.

14 Idem, ibidem, p. 31-32.

rano, partindo do reino da Sicília e projetando-se para o restante da Itália, impôs, através das Constituições de Melfi, um conjunto de normas que todos foram obrigados a respeitar. Nessas normas já estavam previstos os princípios da igualdade e da identidade física do juiz, entre outros.

2.4. O contratualismo

O contratualismo tem em comum com a doutrina dos direitos humanos a concepção individualista da sociedade, ou seja, que primeiro existe o indivíduo (que nasceu livre, com sua carência e interesses) e depois a sociedade, criada pelo próprio indivíduo para facilitar sua subsistência¹⁵.

Tal corrente de pensamento influenciou a doutrina dos direitos fundamentais. Ora, se o Estado deriva da vontade contratual dos homens, por essa mesma vontade eles também poderiam desfazê-lo ou reconstruí-lo de forma a garantir a liberdade do indivíduo em relação ao próprio Estado-ofensor. Se foi o indivíduo que conferiu poderes ao Estado, não teria cabimento este último usar seu poder contra a própria população que o criou.

O ensinamento de filósofos como Jean-Jacques Rousseau e Montesquieu foi essencial para que se firmasse a ideia da existência de direitos do indivíduo em face do Estado. Desse modo, o contratualismo representou uma “verdadeira reviravolta” na história do pensamento político, na medida em que se entendeu que o Estado surgiu pela própria vontade dos indivíduos, exatamente para suprir suas carências e satisfazer suas necessidades. Assim, o Estado deixou de ser considerado um fato natural que existia independentemente da vontade do indivíduo e passou a ser entendido como um “corpo artificial”, criado por este último a fim de que pudessem exercer seus direitos mais amplamente¹⁶.

2.5. A desumanidade das penas apontada pelo Marquês de Beccaria

De inspiração contratualista, o livro *Dei delitti e delle pene*, escrito por Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, em 1764, mais do que apontar a desumanidade das penas da época, mostrou o princípio da legalidade no direito penal e que não deveria existir arbítrio por parte dos detentores do

15 Cf. Norberto Bobbio, *Liberalismo e democracia*, p. 15.

16 Idem, *ibidem*.

poder estatal em face do indivíduo. Cesare Beccaria, como a doutrina acostumou-se a chamá-lo, nasceu em Milão, em 1738, e em vez de se entregar à vida despreocupada e cômoda – que sua posição de Marquês proporcionava – preferiu voltar-se contra a desumanidade das penas de seu tempo. Para isso, utilizou os ensinamentos de Rousseau e Montesquieu, além de outras ideias do Iluminismo, para escrever seu “pequeno grande livro”.

De sua obra foi extraído o entendimento de que, para que o Estado respeite e garanta as liberdades do indivíduo, além da previsão formal dos crimes e das penas, é necessária a existência de certos mecanismos controladores da autoridade estatal. Isso tudo, dentro de um processo cercado por garantias que efetive a Justiça.

Beccaria preocupou-se, sobretudo, com a liberdade dos indivíduos, e sua visão contratualista, ao justificar o *jus puniendi* levou-o a afirmar que: “somente a necessidade obriga os homens a ceder uma parcela de sua liberdade; disso advém que cada qual apenas concorda em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, quer dizer, exatamente o necessário para empenhar os outros em mantê-lo na posse do restante”¹⁷.

Enfim, Beccaria já caminhava pelo reconhecimento das liberdades individuais, vale dizer, de determinadas esferas da vida dos indivíduos que não era dado sequer ao Estado invadir.

2.6. As Declarações de Direitos

No século XVII houve várias conquistas no tocante ao reconhecimento das liberdades do ser humano, com a elaboração da *Magna Charta*, da *Petition of Rights*, do *Habeas Corpus Amendment Act* e do *Bill of Rights*. Posteriormente, ultrapassadas essas fases de declarações formais dos direitos do homem, passou-se a reconhecê-los em textos constitucionais. É a fase que se convencionou chamar de constitucionalismo, sendo que cada Estado elaborou textos em que eram previstas garantias ao indivíduo.

Com efeito, José Afonso da Silva¹⁸ ressalta que, em sentido moderno, a primeira declaração de direitos fundamentais foi a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, que era uma das treze colônias inglesas na América do Norte. Tal declaração é datada de 12 de janeiro de 1776, anterior, portanto, à Declaração de Independência dos Estados Unidos. Ambas foram

17 Cf. Beccaria, *Dos delitos e das penas*, trad. Torrieri Guimarães, p. 15.

18 Idem, *ibidem*, p. 137.

inspiradas nas teorias de John Locke, Jean-Jacques Rousseau e Montesquieu e versadas, especialmente, nos escritos de Jefferson e Adams. Foram postas em prática por James Madison, George Mason, entre outros. Na Declaração de Virgínia a preocupação foi limitar o poder estatal e determinar a estrutura de um governo democrático.

A Declaração de Independência dos Estados Unidos, de início, não continha uma declaração de direitos fundamentais, mas, para ser ratificada por, pelo menos, nove dos treze Estados recém-independentes, foi acrescentada de uma "Carta de Direitos" que assegurava, entre outras coisas, a liberdade de culto e religião, a inviolabilidade de domicílio, o direito de defesa, o princípio do juiz natural, o devido processo legal, o direito à propriedade, o princípio da igualdade, a proibição da escravidão e o direito ao sufrágio.

Mas, se a declaração norte-americana foi a primeira, os princípios da Revolução Francesa foram ainda mais importantes, vez que tal revolução se constituiu na libertação da população dos soberanos que a oprimiam. A Declaração francesa é ainda mais individualista que a americana¹⁹.

Com efeito, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada na Assembleia Nacional Francesa de 26 de agosto de 1789, ao contrário da americana, que visava ao bem comum da sociedade como um todo, pretendeu afirmar e declarar, prioritariamente, os direitos do indivíduo em face do Estado.

O núcleo da declaração francesa encontra-se em seus três primeiros artigos. No primeiro é estabelecido que "todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos". No art. 2º são assegurados os direitos à liberdade, à propriedade, à segurança e de resistência à opressão. Por fim, no art. 3º é contemplado o direito à liberdade, sendo que é previsto o direito de se fazer tudo o que não prejudique os demais e que ninguém é obrigado a fazer o que a lei não ordena ou a só ter que fazer o determinado pela lei²⁰.

Nesse passo, o referido texto proclama, entre outros, os princípios da liberdade, da igualdade, da propriedade, da legalidade, da anterioridade, da presunção de inocência e da separação dos poderes. Meirelles Teixeira²¹ nota,

19 Cf. Norberto Bobbio, *A era dos direitos*, p. 90 e s.

20 Idem, *ibidem*, p. 118 e s.

21 Idem, *ibidem*, p. 687. Além disto, o autor entende que a Declaração dos Direitos do Homem é abstrata, pois não organiza as liberdades, limitando-se a proclamá-las, otimista, quando acreditava provirem todos os males sociais de uma causa única, fácil de suprimir-se e profundamente individualista, em todos os sentidos da expressão.

como outra característica de tal declaração, o fato de ela ser "universalista", pois é dirigida não só aos franceses daquela época, mas a todos os cidadãos de qualquer país ou região e em todos os tempos. Ainda ecoam os estandartes defendidos na declaração francesa: liberdade, igualdade e fraternidade.

Esse direito à liberdade do indivíduo, tão valorizado pela declaração, foi defendido por John Stuart Mill que, com uma concepção de Estado liberal, entendia que os indivíduos ou grupos de indivíduos deveriam poder agir sem encontrar limites por parte do Poder Público. Por seu turno, Alexis de Tocqueville, igualmente liberal, também defendia, acima de tudo, as liberdades individuais, que os Estados democráticos tendem a relativizar em nome do interesse coletivo, como a liberdade de imprensa, de associação etc. Desse modo, defendia formas que garantissem mais a liberdade do que a igualdade. Criticou a democracia por entender que um democrata tem uma paixão ardorosa pela igualdade (embora desejem a "igualdade na liberdade" são capazes de suportar a "igualdade na escravidão", aceitam a pobreza não a aristocracia)²².

Por outro lado, Francesco de Sanctis²³ já acreditava que "onde existe desigualdade, a liberdade pode estar escrita nas leis, no estatuto, mas não é coisa real: não é livre o camponês que depende do proprietário, não é livre o empregado que permanece submetido ao patrão, não é livre o homem da gleba sujeito ao trabalho incessante dos campos".

Na verdade, conforme expôs Norberto Bobbio²⁴, existe uma antítese entre a liberdade e a igualdade, no sentido em que não se pode realizar plenamente uma sem limitar fortemente a outra. A única forma de igualdade compatível com a liberdade da doutrina liberal é a igualdade na liberdade.

Não se pode entender a liberdade como querem os liberais, pois as pessoas não são rigorosamente iguais, e os mais poderosos podem limitar a liberdade dos menos privilegiados se não existir atuação do Estado para garantir a liberdade dos últimos. Por isso, deve ocorrer certa limitação na liberdade. O desafio, portanto, é estabelecer o limite até onde irão a liberdade e a igualdade, prejudicando o mínimo possível uma à outra.

Por fim, a fraternidade (e sua faceta moderna que é a solidariedade) consagra o dever de se agir com ética, respeitando-se a dignidade da pessoa e defendendo a proteção dos outros indivíduos, visando ao bem-estar social.

22 Cf. Norberto Bobbio, *Liberalismo e democracia*, p. 65 e 58.

23 Manzini e *la Scuola Democratica*, 1951, p. 6, apud Norberto Bobbio, *Liberalismo e democracia*, p. 75.

24 *Liberalismo e democracia*, p. 39.

Porém, nas declarações dos séculos XVIII e XIX, o cidadão era uma abstração, vale dizer, o homem era considerado sem levar-se em conta sua inserção em grupos, família ou vida econômica²⁵. Apesar das declarações e da consagração das liberdades, mesmo após o reconhecimento desses direitos, na prática pouca coisa mudou. Desde a Primeira Guerra Mundial, e mais intensamente após a Segunda, vários países se viram em regimes autoritários, com a conseqüente supressão de direitos fundamentais. Com efeito, o fascismo e o comunismo, sob ideologias antagônicas, mas métodos semelhantes, impediram liberdades individuais para garantir a supremacia dos detentores do poder.

Jorge Miranda²⁶ expõe que, nos momentos de luta revolucionária ou de grande mutação política e precedendo a estabilização orgânico-constitucional, formaram-se várias declarações e cartas que definiram uma série de princípios e objetivos dos novos regimes e que provocaram implicações no domínio dos direitos fundamentais. Assim se deu na Rússia, em 1918, com a Declaração de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado; na Itália, em 1927, com a Carta do Trabalho; na Espanha, em 1938 e 1945, com o Foro do Trabalho e o Foro dos Espanhóis; ou na Argélia, com a Carta Nacional Argelina de 1976.

2.7. A Declaração Universal dos Direitos Humanos – ONU

As conquistas mundiais no decorrer dos tempos em relação aos direitos humanos culminam com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, pela Organização das Nações Unidas, sendo adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral, de 10 de dezembro de 1948. Tal documento procurou garantir os direitos do indivíduo em face da opressão estatal, sendo que, em seu conteúdo, estão presentes várias conquistas do homem como o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à segurança, à plena igualdade, à presunção de inocência, ao lazer, à saúde, do acesso à justiça, entre tantos outros²⁷.

25 Cf. José Afonso da Silva, ob. cit., p. 142.

26 Idem, ibidem, p. 110-111.

27 Referido documento tendo como objetivo promover o respeito, por todos os povos e nações, aos direitos e liberdades individuais, introduz-se com os seguintes dizeres: "Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça, e da paz no mundo; Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos

A Declaração Universal não é um tratado, é uma resolução da Assembleia Geral da ONU, que procura interpretar o que minimamente deve-se entender por direitos humanos. Quando um Estado se torna membro da ONU, compromete-se automaticamente a obedecer às suas previsões. Atualmente a Declaração Universal é parte do direito costumeiro das nações.

Além de referida resolução, no âmbito da ONU foram redigidos vários tratados sobre direitos humanos. Os dois principais são a Declaração dos Direitos Civis e Políticos e a Declaração dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Entretanto, a mera enumeração formal dos direitos fundamentais do homem, por si só, padece de maior efetividade, pois depende de cada país submeter-se a eles ou não. Devido a isto, no âmbito do direito internacional criou-se uma ordem jurídica supranacional e, quando um país celebra um acordo com outras nações, assinando um tratado, convenção, pacto, protocolo ou convênio, obriga-se a obedecê-los, vincula-se às suas previsões e pode ser responsabilizado pelo descumprimento²⁸.

3. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

Nossa primeira Carta, a Constituição Imperial de 1824, já continha uma declaração superficial de direitos e garantias em seus arts. 173 e s. Outrossim, as Constituições posteriores, embora com denominações diversas, mantiveram tais disposições.

direitos do homem resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e de liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum; Considerando essencial que os direitos do homem sejam protegidos pelo império da lei, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão; Considerando essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações; Considerando que os povos das Nações reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla; Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos e liberdades fundamentais do homem e a observância desses direitos e liberdades; Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desses compromissos, A Assembleia Geral proclama (...)"

28 Cf. Flávia Piovesan, *Direitos humanos e os tratados internacionais*, p. 73-81.

Porém, foi com a Constituição Federal de 1988 que a importância dos direitos fundamentais tomou toda a plenitude agora conhecida. A Carta de 1988 institucionalizou a instauração de um regime democrático no Brasil, colocando a obrigação de obediência aos direitos humanos de uma forma até então nunca vista em nosso país.

A Constituição de 1988 estabeleceu no inciso III de seu art. 1º, como um dos fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito brasileiro, a dignidade da pessoa humana. Assim sendo, logo no seu início, quis deixar claro qual o critério que deveria nortear o Estado brasileiro.

Nossa Constituição Federal destacou um capítulo autônomo para os direitos e garantias individuais. Entretanto, é bom que se frise que existem outros direitos fundamentais assegurados na nossa Constituição que não se encontram em referido capítulo.

De qualquer forma, sem excluir os demais, são assegurados no art. 5º, entre outros, o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade²⁹.

Nos setenta e oito incisos do art. 5º, que são cláusulas pétreas de nossa Constituição, existem vários direitos e garantias do indivíduo, entre eles: a igualdade, a legalidade, o devido processo legal e o contraditório, a liberdade de expressão, crença e opinião; a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem; o sigilo fiscal e de comunicações; o direito à propriedade; a liberdade de associação e de locomoção; a inafastabilidade de lesão ou ameaça de lesão do Poder Judiciário; o direito de petição aos Poderes Públicos, a inviolabilidade de domicílio; a instituição do júri popular; a irretroatividade da lei penal; a proibição de tortura e discriminação racial; a publicidade etc.

Os direitos e as garantias podem ser classificados nas seguintes espécies: direitos materiais, garantias formais e garantias instrumentais. Com efeito, direitos materiais são aqueles diretamente outorgados pelo texto constitucional, sendo definido seu conteúdo. Por seu turno, garantias formais são aquelas que, sem definir o respectivo conteúdo do direito, mencionam os princípios da ordem jurídica para evitar o arbítrio. Por derradeiro, garantias instrumentais são disposições que buscam dar efetividade aos direitos materiais e às garantias formais.

29 Art. 5º da Constituição Federal: "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 segurança e à propriedade, nos termos seguintes:(...)".

Em razão da hierarquia das normas, sendo que a constitucional está no grau mais elevado, tais previsões ganham uma grande importância, pois vinculam todo o ordenamento jurídico, desde o legislador ordinário, o administrador público e, até mesmo, os particulares.

Outrossim, é necessário referir que, segundo a própria Constituição Federal define no § 2º de seu art. 5º, o reconhecimento dos direitos e garantias ali expressos não exclui outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Além disto, no § 3º do artigo em apreço, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 45, de 9 de dezembro de 2004, está previsto que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes a emendas constitucionais.

Tal inclusão visou pôr fim à controvérsia que existia sobre o *status* com o qual uma norma de tratado internacional sobre direitos humanos ingressaria em nosso ordenamento jurídico. Com efeito, um tratado, conforme preveem os arts. 84, VII, e 49, I, ambos da Constituição Federal, é assinado pelo Presidente da República e submetido ao Congresso Nacional para que determine se o instrumento deve ser ratificado ou não. Assim sendo, por meio de um mero decreto legislativo o Congresso autoriza sua adesão, e o Presidente o promulga. Pois bem, não fosse o novo procedimento previsto para tratados de direitos humanos nesta nova redação e o *quorum* qualificado, estar-se-ia se admitindo a alteração da Constituição por meio de um decreto legislativo, sem as formalidades necessárias para uma emenda constitucional.

Porém, a controvérsia persiste para os tratados de direitos humanos ratificados anteriormente à emenda constitucional referida, pois possuem disposições materialmente constitucionais.

3.1. Classificação dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais podem ser classificados da seguinte maneira:

Direitos individuais: estão previstos em vários incisos do art. 5º e em outros dispositivos espalhados pela Constituição Federal. Os direitos e garantias individuais, em regra, têm eficácia plena e aplicabilidade imediata, independentemente de qualquer regulamentação. Ex.: direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à justiça etc.

Direitos coletivos: dizem respeito à coletividade. Também estão previstos em vários incisos do art. 5º e em outros dispositivos espalhados pela Constituição Federal. Ex.: direito de associação, de reunião etc.

Direitos sociais: arts. 69, 193 e s. da Constituição Federal. Dizem respeito à pessoa enquanto na sociedade. Ex.: direito à saúde, à educação, direitos previdenciários, proteção ao trabalhador etc.

Direito à nacionalidade: no art. 12 da Constituição Federal, encontram-se os direitos da nacionalidade.

Direitos políticos: estão previstos nos arts. 14 e 17 da Constituição Federal. Estão ligados à cidadania, como o direito de votar e ser votado.

4. TRÁFICO DE PESSOAS E "TURISMO SEXUAL"

Em relação ao turismo, é importante ser ressaltada a questão do tráfico de pessoas e da exploração sexual. Isso porque, o profissional desta área pode ter contato com a prática em apreço e deve ter condição de identificar a situação.

Tal atividade ilícita ofende a dignidade do ser humano e merece atenção de todos os setores da sociedade. Nesse caminho, segundo a Organização Internacional do Trabalho, estima-se que o tráfico de pessoas é uma "indústria" que movimenta cerca de U\$ 28 bilhões por ano, só perdendo para o tráfico de armas e drogas. Calcula-se que hoje mais de 3 milhões de emigrantes brasileiros vivam no exterior. Estimativas da Organização Internacional de Migrações, agência ligada à ONU, apontam que quase 75 mil prostitutas brasileiras trabalham na Europa.

Tal prática envolve recrutamento, transporte, abrigo ou recebimento e exploração de seres humanos em três principais atividades: trabalho escravo, exploração sexual e comercialização ilegal de órgãos. O aliciamento, normalmente, é feito por falsas agências de casamentos, modelos, viagens, empregos no exterior e em classificados de jornais e Internet.

As pessoas exploradas, em sua maioria, são mulheres entre 18 e 21 anos, crianças e adolescentes, afrodescendentes e pessoas de baixa renda e/ou escolaridade. No Brasil, os estados em que tal atividade é mais frequente são Rio de Janeiro, Bahia, Espírito Santo e Ceará. Os principais destinos são países da Europa, como Portugal, Itália e Espanha.

Marcel Hazeu expõe que

há três tipos de políticas que devem ser consideradas quando se trata de tráfico de pessoas: políticas econômicas, políticas de migração e políticas de enfrentamento ao tráfico de pessoas. As últimas só terão algum efeito se as

outras duas estiverem em consonância, fortalecendo as pessoas, ampliando suas oportunidades e acesso aos seus direitos e tendo uma escolha real de permanecer num lugar ou de migrar. As políticas econômicas andam na contramão do combate ao tráfico de pessoas³⁰.

O enfrentamento do tráfico de seres humanos deve se dar em três frentes: prevenção, repressão e apoio às vítimas. A principal legislação repressiva sobre o assunto compreende o Protocolo de Palermo, tratado da ONU, ratificado pelo Brasil pelo Decreto n. 5.017/2004, os arts. 231 e 231-A do Código Penal, a Lei n. 9.434/97 (tráfico de órgãos), a Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), além do próprio Código Penal, que prevê, de modo geral, os crimes contra a organização do trabalho.

O Protocolo de Palermo surgiu após proposta do Comitê Intergovernamental para elaborar uma convenção internacional global contra a criminalidade organizada transnacional, que acabou sendo aprovada como Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Palermo, 2000). O Brasil ratificou tal tratado em 2004.

O Protocolo, no art. 3º, define como tráfico de pessoas: "o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso de força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra, para fins de exploração". A exploração inclui, no mínimo, "a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, os trabalhos ou serviços forçados, escravidão ou práticas similares à escravidão, a servidão ou a remoção de órgãos". Tratando-se de crianças e adolescentes, isto é, com idade inferior a 18 anos, o consentimento é irrelevante para a configuração do tráfico. Quando se tratar de homens adultos e mulheres adultas o consentimento é relevante para excluir a imputação de tráfico, a menos que comprovada ameaça, coerção, fraude, abuso de autoridade ou de situação de vulnerabilidade, bem como a oferta de vantagens para quem tenha autoridade sobre outrem³¹.

30 Políticas públicas de enfrentamento de tráfico de pessoas: a quem interessa enfrentar o tráfico de pessoas?. In: *Cartilha sobre tráfico de pessoas do Ministério da Justiça*, p. 25.

31 Ela Wiecko V. Castilho. "Tráfico de pessoas: da Convenção de Genebra ao Protocolo de Palermo". In: *Cartilha sobre tráfico de pessoas do Ministério da Justiça*, p. 13-14.

O art. 231 do Código Penal, com a redação dada pela Lei n. 12.015, de 2009, prevê o crime de tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual, *in verbis*:

Art. 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro.

Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la.

§ 2º A pena é aumentada da metade se:

I – a vítima é menor de 18 (dezoito) anos;

II – a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato;

III – se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou

IV – há emprego de violência, grave ameaça ou fraude

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

Por sua vez, o art. 231-A prevê o delito de tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual, nos seguintes termos:

Art. 231-A. Promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar, vender ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la.

§ 2º A pena é aumentada da metade se:

I – a vítima é menor de 18 (dezoito) anos;

II – a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato;

III – se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou

IV – há emprego de violência, grave ameaça ou fraude.

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

A Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, traz, em seu art. 15, que é crime, sujeito à pena de reclusão, de três a oito anos, e multa de 200 a 360 dias-multa: “Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano”. E completa, em seu parágrafo único, que: “incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou auferir qualquer vantagem com a transação”.

5. O SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

5.1. Considerações iniciais

Os direitos fundamentais, em uma concepção jurídico-constitucional, diferem dos direitos humanos, que é a mesma gama de direitos em um aspecto filosófico e jusnaturalista. Com efeito, os direitos fundamentais são os direitos humanos previstos na órbita interna de cada país em determinado período da história. Enfim, são os direitos humanos que vão justificar a previsão dos direitos do indivíduo em cada lugar e em cada época.

A proteção dos direitos humanos não deve se reduzir apenas ao âmbito interno de cada Estado, pois é um problema de relevância internacional.

Assim sendo, houve recentemente um processo de internacionalização dos direitos humanos devido à preocupação com o modo como os indivíduos, habitantes de países diversos, eram tratados. Por isso, entendeu-se que a pessoa, enquanto cidadã mundial, deveria ter seus direitos protegidos internacionalmente, não importando sua nacionalidade.

A Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho foram os primeiros marcos da internacionalização dos direitos humanos. Porém, com a Segunda Guerra Mundial, tais organizações mostraram-se insuficientes para a proteção dos direitos humanos. Com o término da guerra, após intensos debates para punição dos responsáveis pelos atos contra a humanidade ocorridos, foi criado o Tribunal de Nuremberg. Tal Corte foi importante para mostrar a necessidade de internacionalização da proteção dos direitos humanos, mas tratava-se de verdadeiro tribunal de exceção, pois foi criado, após os fatos, para o julgamento dos vencidos pelos vencedores.

Em seguida, houve uma expansão de organizações com propósitos de cooperação internacional e para zelar pela paz mundial. Atualmente existe uma proteção supranacional dessa gama de direitos.

Com efeito, existem dois sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos. No âmbito da Organização das Nações Unidas há um sistema

global, de alcance geral. Além deste, existem sistemas regionais com igual objetivo, mas levando em consideração as peculiaridades regionais para se aplicar aos habitantes das respectivas regiões. Destarte, existem atualmente três sistemas regionais principais: o europeu, o africano e o interamericano³².

5.2. A ONU e o sistema global de proteção dos direitos humanos

Conforme mencionado, existe um sistema global de proteção dos direitos humanos, de alcance geral, no âmbito da Organização das Nações Unidas.

Com efeito, a ONU – Organização das Nações Unidas – foi cogitada pela primeira vez, durante a Segunda Guerra Mundial, pelo então Presidente dos Estados Unidos, Franklin Roosevelt, quando representantes de 26 nações firmaram o compromisso de lutar contra as potências centrais.

A Carta das Nações Unidas foi assinada, em 1945, por representantes de 50 países. Posteriormente, a Polônia, ausente na Conferência, firmou-a, perfazendo os 51 membros fundadores. Atualmente quase todas as nações do mundo pertencem à ONU, no total, 188 países.

O propósito declarado pela Organização das Nações Unidas para justificar sua existência é o de manter a paz e a segurança internacional; implementar relações de amizade entre as nações; realizar a cooperação internacional na solução de problemas e o desenvolvimento e estímulo dos direitos humanos.

Mas, na verdade, a ordem internacional criada pela ONU e por suas cartas internacionais de direito ainda é fundada no predomínio dos interesses das grandes potências, ou melhor, fundada na soberania absoluta das grandes potências e na deficiência de proteção e de garantias para os países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento.

De qualquer forma, a ONU tem seis órgãos principais: a Assembleia Geral, o Conselho de Segurança, o Conselho Econômico e Social, o Conselho de Administração Fiduciária, a Secretaria e a Corte Internacional de Justiça. Os cinco primeiros órgãos têm sede em Nova York (EUA) e o derradeiro, em Haia, na Holanda.

No âmbito do Conselho Econômico e Social, existia a Comissão de Direitos Humanos da ONU, que foi substituída por um Conselho de Direitos

32 Cf. Henry Steiner, *Regional Arrangements – General Introduction*, apud Flávia Piovesan, *Introdução ao sistema interamericano de proteção...*, p. 77.

Humanos, cujos membros são eleitos diretamente pela Assembleia Geral. A Assembleia Geral da ONU, em 1948, proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, já estudada, que consagrou os direitos do indivíduo. Tal documento, conforme visto, visou garantir os direitos do indivíduo em face da opressão estatal, sendo que, em seu conteúdo, estão presentes várias conquistas do homem, como: o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à segurança, à plena igualdade, à presunção de inocência, ao acesso à justiça, ao lazer, à saúde, entre tantos outros.

Além dessa consagrada declaração de direitos, mais de 80 convenções e declarações sobre direitos humanos foram realizadas pela Organização das Nações Unidas. O escritório da ONU possui um serviço de fax funcionando 24 horas por dia para receber informações e acusações de violações de direitos humanos (41 22 917 0092).

A pretexto de acabar com a impunidade em violações massivas aos direitos humanos, o Conselho de Segurança da ONU criou Tribunais Especiais *ad hoc* para julgar pessoas acusadas de praticar crimes contra a humanidade.

Com efeito, em 1993, foi criado um Tribunal para julgar pessoas em conflitos na ex-Iugoslávia. Em 1994, foi criado outro para investigar e julgar casos de genocídio em Ruanda. Este Tribunal para Ruanda proferiu a primeira sentença da história de um Tribunal Internacional para o crime de genocídio³³.

O Tribunal criado para a ex-Iugoslávia investiga também crimes ocorridos no conflito de Kosovo. Em 2 de novembro de 2001, o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia condenou cinco sérvios da Bósnia, por crimes de guerra e contra a humanidade, a 25 anos de prisão pelo papel que desempenharam em 1992 no campo de prisioneiros de Omarska (Bósnia)³⁴.

Em que pese a justificável preocupação com os atos de tamanha crueldade ocorridos em tais locais e a necessidade de punição dos respectivos responsáveis, esses Tribunais constituem verdadeiros tribunais de exceção, vez que foram criados após os fatos para o respectivo julgamento. Parado-

33 No Brasil, o único caso recente de genocídio que chegou a nossos Tribunais se deu no julgamento do Recurso Especial n. 222.653 (1999/0061733-9), relatado pelo Ministro Jorge Scartezini que decidiu sobre a competência do juiz singular da Justiça Federal para julgar crime cometido contra índios Yanomami, que ficou conhecido como massacre de Haximu, resultando na morte de 12 índios, sendo um homem adulto, duas mulheres, uma idosa cega, três moças e cinco crianças (entre 1 e 8 anos de idade), bem como em três índios feridos, entre eles duas crianças.

34 Cf. *Folha de S.Paulo*, 3-11-2001, p. A 20.

xalmente, tal fato ofende o que os próprios tratados de direitos humanos repudiam, pois, não existindo um juiz natural para a causa, podem ser escolhidos membros com determinadas convicções que influenciem no julgamento que já não será imparcial.

Por isso, tomaram força posicionamentos que defendiam a criação de um Tribunal Penal Internacional permanente para o julgamento de fatos que constituam ameaça à paz, segurança ou bem-estar da humanidade.

O Tribunal Penal Internacional passou a existir oficialmente em caráter complementar para julgar crimes de genocídio, de guerra ou contra a humanidade, com ratificação de mais de 60 países, em abril de 2002. É que o Tribunal Penal Internacional, previsto no Estatuto de Roma, deveria começar suas atividades no primeiro dia do mês seguinte ao sexagésimo dia em que o sexagésimo país aderisse e ratificasse o referido Estatuto. Até o momento, mais de 65 países já o ratificaram, mas enquanto todas as potências geopolíticas não o fizerem, não terá grande influência. O Brasil ratificou o estatuto por meio do Decreto Legislativo n. 112, de 6 de junho de 2002, promulgado pelo Decreto Presidencial n. 4.388, de 25 de setembro de 2002.

O Estatuto do Tribunal Penal Internacional prevê que, quando um Estado adere ao Tratado, aceita automaticamente a competência de tal Corte. Entretanto, os Estados Unidos e a França, que tiveram um posicionamento cético em relação ao mesmo, impuseram uma cláusula no Tratado prevendo que, ao declarar sua adesão, o Estado deve, posteriormente, reconhecer a competência do órgão para o julgamento dos crimes de sua competência, com exceção do genocídio³⁵.

A Corte em apreço tem jurisdição sobre pessoas que cometam crimes graves de transcendência internacional e, conforme mencionado, possui caráter complementar às jurisdições nacionais. Nesse sentido, Marco Antonio Marques da Silva³⁶ esclarece:

Um juízo da Corte somente é possível quando a justiça do Estado não esteja em condições de levá-lo a cabo ou não queira realizá-lo. Esse caso pode ocorrer quando um processo penal nacional seja realizado apenas com o intuito de proteger o suspeito, gerando como consequência uma persecução penal sem tempo certo ou, ainda, a justiça nacional inexista. Assim, há

35 Cf. Marco Antonio Marques da Silva, *Acesso à justiça penal e estado democrático de direito*, p. 139.

36 Idem, *ibidem*, p. 140.

uma prioridade de competência para a justiça penal nacional e não para a internacional.

O Estatuto de Roma traz a definição dos crimes de sua competência (genocídio, contra a humanidade, de guerra e de agressão, embora exista certa controvérsia em torno do último); os órgãos da referida Corte (Presidência, Seção de Apelações, Órgão da Acusação e Secretaria) e disposições a respeito deles, além de normas relativas ao procedimento a ser adotado.

Há, outrossim, direitos do acusado ou investigado durante a investigação ou acusação, mas a pena para os crimes ali previstos, de certa forma, é indeterminada, pois consiste em reclusão por um número determinado de anos que não exceda 30 ou prisão perpétua em casos de extrema gravidade. Além disso, podem ser impostas multas e confisco de bens.

O Tribunal é composto por 18 juízes com mandato por tempo certo. Devem ser fluentes em, pelo menos, uma das línguas de trabalho da Entidade (inglês ou francês) e ter reconhecida competência em Direito Penal e Processual Penal ou Direito Internacional. Não pode haver mais de um juiz por Estado-Parte, e a composição deve assegurar a representação dos principais sistemas jurídicos do mundo, representação geográfica e de sexo equitativa³⁷.

5.3. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos

Conforme mencionado, além do sistema global de proteção dos direitos humanos, existe o sistema interamericano da Organização dos Estados Americanos. A OEA foi criada em 30 de abril de 1948, em Bogotá na Colômbia, com o objetivo declarado de buscar uma cooperação regional entre as nações do continente americano. Na verdade, assim como a ONU, reflete, via de regra, os interesses dos países desenvolvidos do continente, em especial dos Estados Unidos, embora não se negue valor a inúmeras atividades de ambas as organizações internacionais.

O sistema de proteção dos direitos humanos da Organização dos Estados Americanos tem como principal instrumento normativo a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, também conhecida como *Pacto de San José da Costa Rica*.

37 Luis Carlos dos Santos Gonçalves, "Tribunal Penal Internacional - Uma Apresentação", *Revista Direito Escrito*, n. 1, p. 43.

Além do referido documento, outros diplomas importantes do sistema interamericano são: o Protocolo à Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), adotado em 1988; o Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (relativo à abolição da Pena de Morte), adotado em 1990; a Convenção Interamericana para Prevenir a Tortura, adotada em 1985; a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, adotada em 1994; a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), adotada em 1994; e a Convenção Interamericana sobre a eliminação de todas as formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiências, adotada na Guatemala em 1999. Além disso, outras comissões já foram designadas para estudo de temas específicos.

5.3.1. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos – *Pacto de San José da Costa Rica* reconhece e assegura uma série de direitos fundamentais do homem, entre eles os direitos à vida, à liberdade, a um julgamento justo, à privacidade, à honra, à liberdade de pensamento e expressão etc. Tal Convenção, outrossim, criou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana.

Com efeito, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos é composta por sete membros que podem ser de qualquer Estado-membro da OEA, eleitos na Assembleia Geral de tal entidade, por um período de quatro anos, podendo ser reeleitos uma única vez, e sua competência alcança todos os Estados-Partes da Convenção Americana em relação aos direitos humanos nela consagrados.

Há de se ressaltar que, até o final de 1999, dos 35 Estados-membros da OEA, 25 são partes da Convenção Americana. Aliás os Estados Unidos da América do Norte são uma das 10 nações que não adotaram a Convenção em apreço.

A Comissão Interamericana tem como função promover a observância dos direitos humanos e, para isso, exerce as seguintes atividades: a conciliadora (entre um governo e grupos sociais que se sintam atingidos); de assessoria (aconselhando governos que solicitem); de crítica (informando a situação de tais direitos em determinado país-membro para toda a comunidade); a promotora (estudos sobre tais direitos); a protetora (intervindo em casos urgentes para solicitar que um governo cesse determinadas ações lesivas).

Um Estado, ao se tornar parte da Convenção, aceita automaticamente a competência da Comissão não sendo necessária declaração expressa nesse sentido.

Na Comissão Interamericana de Direitos Humanos existe a possibilidade de qualquer cidadão apresentar uma “petição individual” expondo o problema e requerendo providências. Existe um julgamento da admissibilidade da referida petição, pois não deve existir litispendência internacional e devem ser esgotados os recursos internos (salvo em caso de injustificável demora processual ou de a legislação doméstica não prever o devido processo legal)³⁸.

Entretanto, no tocante ao exame prévio da admissibilidade, a Comissão, em lugar da simples rejeição preliminar das petições, tem adotado diversas soluções práticas no intuito de evitar o arquivamento, incluindo a solicitação de informações complementares e o adiamento da decisão, para que o indivíduo não seja colocado em situação vulnerável ou sem defesa em relação ao poder estatal³⁹.

Se a Comissão julgar admissível a petição, requererá informações ao governo denunciado. Recebidas as informações ou sem elas (caso esgotado o prazo concedido), será verificado o mérito do caso, analisando se existem e persistem os fatos expostos na petição. Não sendo arquivado o processo, a Comissão efetuará um exame aprofundado do assunto e, se necessário, uma investigação do fato.

Feito o estudo, a Comissão tentará uma solução consensual ao problema apresentado, mas, se o acordo não for alcançado, fará recomendações ao Estado-Parte. Após o término do expediente, será redigido um relatório, que é enviado ao Estado-Parte e poderá ser encaminhado à apreciação da Corte Interamericana, o órgão jurisdicional do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Porém, a questão só poderá ser encaminhada à Corte se o Estado-Parte reconhecer, expressamente, a competência de tal órgão jurisdicional⁴⁰.

5.3.2. A Corte Interamericana de Direitos Humanos

No sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, além da comissão supramencionada, existe a Corte Interamericana de Direitos Hu-

38 Cf. Flávia Piovesan, *Introdução ao sistema interamericano...*, p. 90.

39 Antonio Augusto Cançado Trindade, *ob. cit.*, p. 32.

40 Cf. Flávia Piovesan, *ob. cit.*, p. 93.

manos, que exerce função consultiva (com a elaboração de pareceres) e contenciosa (proferindo decisões).

A Corte é composta por sete juízes nacionais dos Estados-membros da OEA, sem repetição da nacionalidade, eleitos entre juristas de atuação na área de direitos humanos, com mandato de seis anos, havendo a possibilidade de reeleição por uma vez⁴¹.

No âmbito consultivo, qualquer Estado-membro da OEA (parte ou não da Convenção Americana de Direitos Humanos) pode solicitar parecer da Corte no tocante à interpretação de qualquer tratado de direitos humanos ou da legislação interna dos países em relação a documentos internacionais. Até o final de 1999, em vinte anos de funcionamento, na esfera consultiva a Corte proferiu 17 pareceres⁴².

O exercício da função contenciosa, ao contrário do que acontece na Comissão Interamericana, em que existe a possibilidade de petição individual, é limitado aos Estados-Partes da Convenção que a reconheçam expressamente. Somente pode ser submetido um caso a ela se outros Estados-Partes ou a própria Comissão Interamericana tomar a iniciativa. Vale dizer, o indivíduo não pode submeter um caso para a Corte (somente através da Comissão Interamericana de Direitos Humanos) e apenas os Estados que a reconheçam, expressamente, estão submetidos a ela.

Felizmente, dos 25 Estados que fazem parte da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 21 (até o final de 1999) reconhecem a competência da Corte, mas o empecilho na impossibilidade de iniciativa popular continua.

Há de se frisar que, via de regra, nos casos que chegaram a ser julgados pela Corte e em que houve procedência da acusação de violação de direitos humanos culminaram com pagamento de indenização às vítimas ou seus familiares.

Porém, para fortalecer os mecanismos de proteção dos direitos humanos e tornar mais efetivas as providências da Corte, deveria ser possibilitado às pessoas levar suas reclamações individualmente e ampliar ainda mais os Estados a ela submetidos.

Conforme reconheceu Antonio Augusto Cançado Trindade⁴³, que foi Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, apesar dos inegáveis avanços no sistema interamericano, muito resta a ser feito.

41 Fábio Teixeira Rezende, André Brawerman e Valéria C. Farias, *Jurisprudência da Corte Internacional de Direitos Humanos*, p. 112.

42 Cf. Flávia Piovesan, ob. cit., p. 96.

43 *O sistema interamericano*, p. 59-60.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ANSIER-ANDIEU, Louis. *O direito nas sociedades humanas*. Trad. Maria Ermantina Galvão; São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROS, Sérgio Rezende de & ZILVATI, Fernando Aurélio (orgs.). *Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999.
- BASTOS, Celso. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.
- _____. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1995.
- _____. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995.
- _____. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CAMPOS, Germán J. Bidard. *Teoría general de los derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea, 1991.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CARRIÓ, Genaro R. *Los derechos humanos y su protección*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1990.
- COSTA, José Manuel M. Cardoso da. O princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição e na jurisprudência constitucional portuguesas. In: BARROS, Sérgio Rezende de & ZILVATI, Fernando Aurélio (orgs.). *Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999.
- DELPÉREÉ, Francis. O direito à dignidade humana. In: BARROS, Sérgio Rezende de & ZILVATI, Fernando Aurélio (orgs.). *Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999.
- DWORKIN, Ronald. *Os direitos levados a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.
- ESPÍNDOLA, Rui Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FACHIN, Luis Edson. *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.

FLOREZ-VALDEZ, Joaquim Arce. *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*. Madrid: Civitas, 1990.

FONSECA, Paulo Henriques da. A decisão judicial e a inclusão jurídica. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/recife/hermeneutica_paulo_da_fonseca.pdf>.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991.

JEANNEAU, Benoit. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris: Dalloz, 1978.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

LARENTZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. para o espanhol Alfredo G. Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1983.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais,

MATHIEU, Bertrand. Reflexões sobre o papel dos direitos fundamentais na ordem jurídica constitucional. In: BARROS, Sérgio Rezende de & ZILVATI, Fernando Aurélio (orgs.). *Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direitos humanos e cidadania: uma concepção introduzida pela Constituição Federal de 1988, *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 55/56, jan./dez. 2001.

MEDEIROS, Diego Vale de. A instrumentalização do princípio da prioridade absoluta das crianças e adolescentes nas ações institucionais da Defensoria Pública, Tese publicada no VII Congresso Nacional dos Defensores Públicos, p. 63/68.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. t. IV. Coimbra: Coimbra, 1993.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e os tratados internacionais*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

_____. Introdução ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. In: *Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos – Legislação e jurisprudência*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 2001.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1990.

RIBEIRO, Marcus Vinicius. *A suspensão condicional do processo na ação penal privada*. Porto Alegre: Síntese, 2000.

_____. *Direitos humanos e fundamentais*. 2. ed. Campinas: Russell, 2009.

_____. *Crimes de imprensa*. São Paulo: BH, 2006.

_____. O acesso à justiça penal no Estado Democrático de Direito, *Revista Direito Escrito*, n. 1, jul./dez. 2002.

_____ & BOTELHO, Julio César (orgs.). *Temas relevantes do direito*. São Paulo: Lumen Juris, 2002. v. 2.

ROUSSEAU, Dominique. *Les libertés individuelles et la dignité de la personne humaine*. Paris: Montchrestien, 1998.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria. *A expansão do direito penal*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. O sistema interamericano de direitos humanos no limiar do novo século: recomendações para o fortalecimen-