

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ALBERTO SILVA SANTOS

**O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS
HUMANOS EM FACE DA SOBERANIA ESTATAL**

**CURITIBA
2010**

ALBERTO SILVA SANTOS

**O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS
HUMANOS EM FACE DA SOBERANIA ESTATAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Katya Kozicki

CURITIBA

2010

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central

S237s 2010	Santos, Alberto Silva O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos em face da soberania estatal / Alberto Silva Santos ; orientadora, Katya Kozicki. – 2010. 140 f. ; 30 cm Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2010 Inclui bibliografia 1. Direitos humanos. 2. Soberania. 3. Desenvolvimento social. 4. Direitos civis. I. Kozicki, Katya. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título Doris 4. ed. – 341.12191
---------------	--

ALBERTO SILVA SANTOS

**O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS
HUMANOS EM FACE DA SOBERANIA ESTATAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Profa. Dra. Katya Kozicki
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Profa. Dra. Caroline Proner
Convidada-UNIBRASIL

Profa. Dra. Flavia Cristina Piovesan
Membro-PPGD-PUC-PR

Curitiba, ____ de _____ de 2010.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, a Deus, pela vida, saúde e serenidade para a realização de tantas atividades, quer sejam acadêmicas, profissionais e demais, que exigiram tanto de mim durante o período deste curso.

A minha mãe, pelos incontáveis sacrifícios e constante estímulo durante toda a minha vida, em especial durante toda a seleção e realização das atividades do Programa de Pós Graduação.

A minha esposa Aline, o seu apoio foi imprescindível em todos os momentos do cumprimento das atividades do Programa.

Ao Prof. Dr. Paulo Alves, foi de grande valia o seu incentivo para minhas atividades acadêmicas

Aos meus colegas da Procuradoria Seccional Federal de Londrina-PR, também sempre motivadores de minhas atividades no Programa.

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é o estudo do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, sua Comissão e sua Corte, bem como sua justificação tendo em conta a soberania Estatal. Para tanto, parte-se buscando as origens dos Direitos Humanos, a partir do jusnaturalismo e das teorias contratualistas desde Hobbes, Locke e Rousseau, chegando à paz perpétua de Kant e caminhando até o fim da I Guerra Mundial. Estuda-se o totalitarismo sob a perspectiva arendtiana da ruptura que a instituição desta modalidade de regime representou ao promover a banalidade do mal. Ultrapassada a II Guerra Mundial analisa a internacionalização dos Direitos Humanos tanto sob o enfoque do Direito Humanitário e da criação de Cortes Internacionais para o julgamento de crimes de guerra, quanto da instituição organismos internacionais, em âmbito global e regional para a tutela dos Direitos Humanos. Os estudos revelam que a importância dos Direitos Humanos justifica a existência de sistemas internacionais para a sua proteção, concluindo que a adesão ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos não constitui uma ameaça à soberania Estatal, mas sim um ato de legítimo exercício da soberania que demonstra o comprometimento do Estado com a promoção da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Soberania. Sistema Interamericano. Convenção. Desenvolvimento Social.

ABSTRACT

The aim of this paper is to study the inter-American human rights protection, the Commission and the Court and its justification in view of State sovereignty. For this purpose, in seeking the origins of human rights from the natural law and the contractarian theories from Hobbes, Locke and Rousseau, arriving at Kant's perpetual peace and walking to the end of WWI. Studies the totalitarianism perspective Arendt break the institution of this type of system represented by promoting the banality of evil. Outdated World War II examines the internationalization of human rights both under the focus of humanitarian law and the creation of the International Courts for the prosecution of war crimes, the institution's international organizations, global and regional levels for the protection of human rights. Studies reveal that the importance of human rights justifies the existence of international systems for their protection, concluding that adherence to the Inter-American Human Rights is not a threat to State sovereignty, but an act of legitimate exercise of sovereignty that demonstrates the State commitment to the promotion of human dignity.

Keywords: Human Rights. Sovereignty. Inter-American system. Social Development.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 BREVE HISTÓRICO DOS DIREITOS HUMANOS E SUA INTERNACIONALIZAÇÃO	11
2.1 DE HOBBS A VERSALHES.....	11
2.2 O TOTALITARISMO E A RUPTURA.....	25
2.3 O PÓS II GUERRA MUNDIAL E A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	31
2.4 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	36
2.5 A DIMENSÃO COSMOPOLITA DOS DIREITOS HUMANOS.....	39
2.6 A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E O DEBATE ENTRE UNIVERSALISMO E RELATIVISMO	47
2.6.1 O relativismo.....	53
2.6.2 O universalismo	57
2.6.3 A informação e o diálogo entre universalismo e relativismo	63
3 A JUSTICIALIZAÇÃO INTERNACIONAL DOS CONFLITOS.....	71
3.1 O TRATADO DE VERSALHES	71
3.2 A CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL.....	74
3.3 O TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL DE NUREMBERG.....	75
3.4 O TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL PARA O EXTREMO ORIENTE (TRIBUNAL DE TÓQUIO)	80
3.5 OS TRIBUNAIS <i>AD HOC</i> PARA A EX-IUGOSLÁVIA (TPII) E RUANDA (TPIR).....	81
3.6 O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL	83
4 OS SISTEMAS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	85
5 O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....	89
5.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	89
5.2 A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (O PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA).....	93
5.3 O PROTOCOLO DE SAN SALVADOR.....	98
5.4 A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	100

5.5 A CORTE INTERAMERICANA DIREITOS HUMANOS	107
6 A CORTE INTERAMERICANA E A SOBERANIA ESTATAL.....	123
7 CONCLUSÃO	130
REFERÊNCIAS.....	133

1 INTRODUÇÃO

Os sistemas internacionais de proteção dos Direitos Humanos têm representado papel importante para promover a aplicação dos documentos internacionais que tratam do tema, no intuito de garantir a observância ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O objeto do presente se foca numa análise do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e sua relação com a soberania Estatal.

No presente estudo adotou-se a ideia de que ao pretender a ingerência de um sistema internacional de jurisdição, deve-se estar atento à importância do bem jurídico que aquele sistema se presta a tutelar, de modo que somente se justifica a submissão a tal sistema, a despeito da soberania Estatal, caso o bem jurídico se revele de extrema importância que implique em sua dimensão internacional.

No caso do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, entendeu-se primeiramente necessário, para enfatizar a importância deferida àquela modalidade de direitos, o breve estudo de seu histórico. Partindo de Hobbes e das teorias contratualistas, seguiu-se para Locke, Rousseau, Kant, até o fim da primeira guerra, abordando alguns aspectos tidos por relevantes para a formação do conceito atual de Direitos Humanos.

Com Hannah Arendt, foi analisado o totalitarismo e a banalidade com que este lidou com o mal, o que imputou tamanho receio à comunidade internacional, que ensejou ao final da II Guerra Mundial a criação da Organização das Nações Unidas – ONU e a edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos em âmbito global.

Os Direitos Humanos passam a atingir, de fato, a dimensão cosmopolita imaginada por Kant séculos atrás, os Estados passam a se reunir em organizações globais e regionais, enunciando documentos que se prestam a garantir direitos a serem observados internacionalmente.

Já não há mais como negar a dimensão internacional dos Direitos Humanos, com a globalização e os avanços tecnológicos, o planeta foi transformado num grande quintal, em que as pessoas interagem entre si como se estivessem falando diretamente umas com as outras, mesmo estando a centenas ou milhares de milhas de distância. As modernas ferramentas de comunicação e os avançados meios de

transporte, não somente tornaram mais eficientes os serviços que se prestavam a fornecer como também baratearam seu custo e os tornaram acessíveis.

Como já preconizava Kant, traduzindo para o tempo presente, entretanto, as violações aos Direitos Humanos numa parte do planeta, já podem ser sentidas em todos os outros pontos do globo terrestre. Não há mais como a comunidade internacional fechar os olhos para tanto, os Direitos Humanos adquiriram uma dimensão cosmopolita, justificando a necessidade de sistemas internacionais de proteção deles.

Contudo, seriam de fato essas violações tidas como tais em todos os países, em todas as culturas? Surge o debate entre as correntes universalista e relativista. Para os universalistas há, em síntese, um catálogo de Direitos Humanos que se presta a assegurar a dignidade da pessoa humana e deve ser observado por todos os povos. Já para os relativistas, resumindo, os Direitos Humanos consistiriam numa espécie de imperialismo cultural, imposto pelo ocidente, não se prestando a infirmar as práticas culturais internas, daí aduzem que cada cultura deve agir da forma como entende correta, independentemente do dogma dos Direitos Humanos.

Se de um lado a situação descrita nos dois últimos parágrafos já leva a pensar na necessidade da criação de sistemas internacionais de proteção e tutela dos Direitos Humanos, de outro, o debate entre universalismo e relativismo pode colocar em dúvida a legitimidade de tais sistemas, bem como sua efetividade. Para que se tornem efetivos tais sistemas, justificando sua adoção pelos Estados, devem eles estar plenamente cientes acerca da importância dos Direitos Humanos e da necessidade de sua concretização. Com o diálogo entre universalistas e relativistas, o conhecer do outro e de suas respectivas incompletudes, pode-se vislumbrar pontos comuns para se chegar a um catálogo de Direitos Humanos cuja observância deva se dar por todas as culturas e, justifique sua tutela não somente em âmbito interno, mas também externo.

Todas essas reflexões são relevantes para entender a origem e a necessidade do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e sua aceitação, a despeito da soberania Estatal. A Comissão e a Corte Interamericana têm atuado efetivamente para a proteção dos Direitos Humanos no Continente Americano, atuando de forma subsidiária e complementar com as políticas internas dos Estados, de modo que quando estas falham ou se mostram omissas, inertes ou ineficientes, o Sistema Interamericano dispõe de álea para agir, nos termos da

Convenção Interamericana de Direitos Humanos e demais documentos sobre o tema, adotados no Sistema Interamericano.

Ao final, restará a ideia veiculada no presente de que, por tudo quanto fora demonstrado nas páginas anteriores, a adoção do Sistema Interamericano não representa uma ofensa à soberania Estatal, antes de mais nada, é um ato de soberania legítimo, praticado com fulcro no próprio fundamento do Estado que deve se orientar para a concretização da dignidade da pessoa humana e, nesse intuito, deve lançar mão de todas as ferramentas que dispõe e possa dispor, quer seja em âmbito interno, com a elaboração de leis e adoções de políticas públicas, quer seja em âmbito externo, buscando fazer parte de sistemas internacionais de proteção de Direitos Humanos que, se prestam a promover a enunciação, tutela, garantia e efetivação de tais direitos, conforme será demonstrado.

2 BREVE HISTÓRICO DOS DIREITOS HUMANOS E SUA INTERNACIONALIZAÇÃO

2.1 DE HOBBS A VERSALHES

Os direitos humanos sofreram uma evolução significativa no curso da História, quer seja pelo seu próprio aspecto técnico, no sentido de sua definição jurídica, quer seja pelo seu aspecto material, que implica no seu conteúdo, o qual está intimamente ligado a fatores morais, culturais, sociológicos, políticos e históricos.

Justamente por conta do processo histórico que se prestou a afirmação dos Direitos Humanos, fala-se em direitos humanos não como um dado, mas, como nas palavras de Celso Lafer¹, citando Hannah Arendt, de um construído.

A noção de direitos do homem não é recente, esta noção sempre esteve ligada ao conceito de valor da pessoa humana e, esse valor da pessoa humana já podia ser verificado nos ensinamentos do cristianismo. Celso Lafer² aduz que o cristianismo teria tornado possível a abordagem do tema dos direitos humanos ao afirmar o valor absoluto da pessoa humana:

O cristianismo retoma e aprofunda o ensinamento judaico e grego, procurando aclimatar no mundo, através da evangelização, a ideia de cada pessoa humana tem um valor absoluto no plano espiritual, pois Jesus chamou a todos para a salvação. Neste chamamento não “há distinção entre judeu e grego” (são Paulo, *Epístola aos Romanos*, 10, 12), pois “não há judeu nem grego, não há escravo nem livre, não há homem nem mulher, pois todos vós sois um só em Cristo Jesus” (são Paulo, *Epístola aos Gálatas*, 3, 28). Neste sentido, o ensinamento cristão é um dos elementos formadores da mentalidade que tornou possível o tema dos direitos humanos.

¹ Cf. Celso Lafer, Hannah Arendt faz um estudo acerca das origens do Totalitarismo, mencionando antecedentes que se prestariam a esclarecer os eventos que culminaram no totalitarismo, o qual implicou numa ruptura com o que havia sido construído a título de direitos fundamentais até o surgimento do nazismo na primeira metade do século XX, essa ruptura demonstra que os direitos humanos são um construído decorrentes da estruturação do estado. (LAFER, 1988, p. 134).

² Ibid., p. 119.

Bobbio³ afirma que a doutrina dos direitos do homem nasceu da filosofia jusnaturalista⁴; segundo este autor, o jusnaturalismo se prestaria para

(...) justificar a existência de direitos pertencentes ao homem enquanto tal, independentemente do Estado – partira da hipótese de um estado de natureza, onde os direitos do homem são poucos e essenciais: o direito à vida, à sobrevivência, que inclui também o direito à propriedade; o direito à liberdade; que compreende algumas liberdades essencialmente negativas.

Com a laicização do Estado, fruto da filosofia jusnaturalista, tem-se a evolução até o conceito atual de Direitos Humanos. Emerge o liberalismo, que propõe uma concepção contratualista de Direitos Humanos, que pode ser percebida na declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, bem como com a Declaração de Virgínia, ambas do século XVIII, e na Declaração norte-americana de independência, de 1776. Daí surgiram as primeiras noções da implicação dos Direitos Humanos em sentido moderno e, que se prestariam a fazer parte das constituições dos Estados; tais noções foram inspiradas em Locke e Rousseau, conforme observado por Habermas⁵:

(...) direitos humanos em sentido moderno remontam à Virginia Bill of Rights e à Declaração de Independência norte-americana de 1776, bem como à Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, de 1789. Essas declarações são inspiradas pela filosofia política do direito racional, especialmente por Locke e Rousseau.

Entretanto, antes mesmo das ideias liberais, a Carta Magna surge na Inglaterra em 1215 como um instrumento de limitação dos poderes do soberano; convém também ressaltar o surgimento da burguesia e a sua oposição ao

³ BOBBIO, 2004, p. 68.

⁴ Cf. Luís Roberto Barroso, “o termo jusnaturalismo (...) identifica uma das principais correntes filosóficas que têm acompanhado o Direito ao longo dos séculos, fundada na existência de um *direito natural*. Sua ideia básica consiste no reconhecimento de que há, na sociedade, um conjunto de valores e de premissas humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, isto é, independem do direito positivo. Esse direito natural tem validade em si, legitimado por uma ética superior, e estabelece limites à própria norma estatal. Tal crença contrapõe-se a outra corrente filosófica de influência marcante, o positivismo jurídico (...). Já o positivismo jurídico para o autor foi a (...) importação do positivismo filosófico para o mundo do Direito, na pretensão de criar-se uma ciência jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais. A busca de uma objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da moral e dos valores transcendentais. Direito é norma emanada do Estado com caráter imperativo e força coativa. A ciência do Direito, como todas as demais, deve fundar-se em juízos *de fato*, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos *de valor*, que representam uma tomada de posição diante da realidade. Não é no âmbito do Direito que se deve travar a discussão acerca de questões com legitimidade e justiça”. (BARROSO, 2004, p. 318 passim)

⁵ HABERMAS, 2007, p. 221.

feudalismo, que já demonstrava o descontentamento dos povos, o que revelava um embrião do surgimento da concepção do Estado Liberal, o qual se prestou a difundir a ideia de direitos fundamentais por meio das revoluções do século XVIII.

Tal se deu em decorrência das teorias contratualistas, que se prestaram a promover uma nova ótica para o Estado a partir do século XVI. O Estado passa a ser concebido como uma criação do homem, viabilizando a ideia do contratualismo, deslocando a ideia do poder absoluto oriundo da divindade, outorgado ao Monarca por aquela, de forma irreversível e inquestionável, para um poder outorgado pelo cidadão em favor do governante; desse deslocamento do poder, fica aberto o caminho para a afirmação da pessoa humana como “valor-fonte” do direito.

Em Hobbes, o contratualismo aparece, demonstrando que o Estado é criação do homem, conforme aduz Eduardo C. B. Bittar⁶ quando refere ao *Leviatã*, o Estado, como assim chamado por Hobbes, criado pelos homens para livrá-los do belicoso estado da natureza:

O *Leviatã* é o monstro legendário mencionado por Hobbes para ilustrar a figura artificial do Estado, criada pelo homem para substituir o estado de natureza, belicoso, em que se vivia antes de sua existência. Homem é *artifex*, ser capaz de não somente reproduzir, imitar a natureza, mas também de aperfeiçoá-la, melhorá-la, dar-lhe um fim mais nobre, e capacitá-la a servir aos bons fins humanos.

Assim, o contrato é fundado, iniciado, artificialmente pelos homens, mas com consenso de vontades, e é firmado de modo irreversível entre as pessoas e o soberano. E isso é feito por força de lei natural, racional, que manda que todos procurem a paz, e não a guerra.

Hobbes, entretanto, delega todo o poder ao soberano, o qual, inquestionável, fica à frente do estado civil, que surge como um aperfeiçoamento do estado natural, limitando, contudo, as liberdades individuais. Em Hobbes o Estado figura como “(...) *um “homem artificial”, no qual o soberano é a alma, os magistrados são as articulações, as penas e os prêmios são um nervo, etc.*”⁷.

Locke elabora a ideia de Estado, remetendo-o também à criação humana, de origem contratual. Por meio de fatores como o secularismo, com a laicização Estatal, o Poder perde sua ligação com a divindade. Locke afirma que o estado da natureza, ao contrário do que afirmava Hobbes não seria belicoso, mas “*um estado real e*

⁶ BITTAR, 2007, p. 164-165.

⁷ BOBBIO, 2004, p. 56.

*historicamente constitutivo do passado da humanidade”*⁸, tendo sido o principal inspirador dos primeiros legisladores sobre os direitos do homem⁹.

Para o estado civil, o qual deriva do consentimento geral, há um Poder Legislativo soberano, responsável pela elaboração das Leis, com base na vontade da maioria, não havendo submissão senão à autoridade por todos constituída que, acaso desvie de seus fins, pode ser destituída, com a constituição de uma nova pela vontade do povo¹⁰.

Enquanto para Hobbes o soberano é absoluto, em Locke fica caracterizado o direito à resistência em face do soberano que desvirtua seu mandato:

O que caracteriza uma monarquia absoluta é a concentração dos poderes e a insubmissão do monarca à lei civil. Tanto Hobbes quanto Filmer, por exemplo, entendiam que a superioridade do monarca em relação à lei é condição necessária para a manutenção do governo. Locke precisa alterar esse ponto e submeter o monarca à lei. Se para Hobbes só há segurança se o poder do governante for absoluto, para Locke não pode haver segurança alguma nessa situação e quando não há uma instância para a qual recorrer em caso de arbitrariedade, os homens devem se julgar em estado de natureza em relação ao monarca (II, 94). Daqui decorre a justificação do direito de resistência: sempre que os detentores do poder político agirem contrariamente ao cargo a eles confiado, o povo resgata o direito de prover a sua segurança (II, 222). O monarca, enquanto representante (II, 151) do corpo político, pode agir somente pela vontade da sociedade que se manifesta nas leis civis, e quando ele passa a agir em conformidade com a sua vontade particular os seus súditos não lhe devem mais obediência, já que ele não se comporta mais como seu representante.¹¹

A ideia do direito de resistência faz com que Locke seja apontado como o fundador da doutrina política liberal, subsidiando a ideia de que o Estado tem como função primeira salvaguardar o direito dos indivíduos¹². O direito de resistência também tem sido utilizado no exame dos processos de afirmação histórica dos Direitos Humanos¹³, tendo sido positivado na Declaração do Bom Povo de Virgínia,

⁸ BITTAR, 2007, p. 180.

⁹ BOBBIO, 2004, p. 55.

¹⁰ Cf. Bittar (op. cit., p. 190): “O estado civil forma-se como estado posterior ao estado da natureza, com base no consentimento geral, como forma de preservação das propriedades, bem como da garantia da pacificidade do convívio e da conveniência da instauração de uma autoridade comum, julgadora de toda e qualquer pendência entre os indivíduos. Nesse estado, o Poder Legislativo é soberano e constitui as regras pelas quais se vive em sociedade, com base na vontade da maioria, que faz cumprir e executar suas regras. Nesse estado, ninguém se submete a outra autoridade senão àquela por todos instituída que, uma vez corrompida, torna-se ilegítima para ser destituída e novamente instituída conforme decisão do povo.”

¹¹ FRATESCHI, 2008, p. 345.

¹² Ibid.

¹³ LAFER, 1988, p. 187.

de 1776, na Declaração de independência dos Estados Unidos da América, também de 1776 e, nas Declarações Francesas dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e de 1793. O Direito à resistência antecede e condiciona o contrato social, estando ligado ao individualismo e ao jusnaturalismo, conforme apontado por Celso Lafer¹⁴:

No jusnaturalismo moderno, por obra do individualismo que o permeia e que foi examinado genericamente no capítulo I, e especificamente em matéria de direitos humanos no capítulo IV, a ênfase no que diz respeito ao tema da resistência desloca-se dos deveres impostos pelo Direito Natural como um direito objetivo e dado a garantir a eticidade da Política, para os direitos subjetivos inatos do indivíduo. Entre estes direitos, que antecedem e condicionam o contrato social, está o de resistência à opressão – como se pode ver em Locke, que merece destaque nesta recapitulação sobre o clássico tema da desobediência à lei injusta por ter sido ele, no jusnaturalismo moderno, o grande formulador do direito de resistência.

As teorias contratualistas são informadas pela noção de individualismo, que passa a nortear o Estado e a sua formação. Vê-se que o fundamento primeiro do individualismo residiria no jusnaturalismo¹⁵, que poderia ser considerado como a “*secularização da ética cristã*”¹⁶; esta noção individualista, contudo, teria custado a abrir caminho, fora considerada como fator de ruptura da ordem constituída, sendo contestada pela visão organicista que entendia o homem como membro de um todo - a sociedade - e, a sociedade estaria, como todo que é, acima das partes.

O individualismo¹⁷, consoante referido por Bobbio, consistiria no fato de que o indivíduo tem valor em si mesmo, para depois vir o Estado:

Concepção individualista significa que primeiro vem o indivíduo (o indivíduo singular, deve-se observar), que tem valor em si mesmo, e depois vem o Estado, e não vice-versa, já que o Estado é feito pelo indivíduo e este não é feito pelo Estado; ou melhor, para citar o famoso art. 2o. da *Declaração* de 1789, a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem “é o objetivo de toda associação política”. Nessa inversão da relação entre o indivíduo e Estado, é invertida também a relação tradicional entre direito e dever. Em relação aos indivíduos, doravante, primeiro vêm os direitos, depois os deveres; em relação ao Estado, primeiro os deveres, depois os direitos.

¹⁴ LAFER, 1988, p. 189.

¹⁵ Cf. Bobbio, “Precisamente partindo de Locke, pode-se compreender como a doutrina dos direitos naturais pressupõe uma concepção individualista da sociedade e, portanto do Estado, continuamente combatida pela bem mais sólida e antiga concepção organicista, segundo a qual a sociedade é um todo, e o todo está acima das partes.” (BOBBIO, 2004, p. 56)

¹⁶ Ibid., p. 55.

¹⁷ Ibid., p. 55-56.

De fato, o direito à resistência é um elemento de afirmação histórica dos Direitos Humanos, tendo constado das Declarações Americana de Independência e Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão. Conforme já mencionado, ele se presta como ferramenta para evitar ou mesmo fazer cessar a tirania, a qual implica numa situação de crise e, conseqüentemente, com base no direito à resistência se justifica a destituição do poder do soberano faltoso, havendo, desta feita, o retorno ao estado da natureza; este estado para Locke não é o mesmo belicoso de Hobbes, mas sim um estado de liberdade, o qual oferece a oportunidade para a reconstrução do Estado ou, como nas palavras de Celso Lafer¹⁸:

A regeneração do Estado e da sociedade civil, nestas hipóteses, transita pela resistência e pela desobediência, ou seja, pelo direito natural dos homens de não se deixarem oprimir pelos governantes. É isto que faz Locke defender eloquentemente o oprimido contra o opressor e afirmar a liberdade e a soberania popular, opondo-se, no seu *Tratado*, à ordem injusta imposta por governantes inescrupulosos (...).

Também em Rousseau verifica-se crítica ao estado da natureza Hobbesiano, aludindo que a sua impropriedade consistiria na

(...) “ilusão retrospectiva” que introduz paixões próprias do estado civil no conjunto dos cuidados que o selvagem possui com sua autoconservação, a saber, o desejo de querer sempre mais e o medo de uma morte violenta. Para Rousseau, encontrar-se-iam nessas paixões capacidades e ideias inconcebíveis ao homem natural¹⁹.

Rousseau toma a ideia de contrato social como sua preocupação central, aduzindo que a vontade geral estaria acima da vontade individual, eis que, conforme referido por Bittar, na ideia de Rousseau, o contrato social seria²⁰:

(...) um consenso estabelecido entre as pessoas com vista na fundação da sociedade. É ele o divisor de águas entre o estado de natureza e o estado cívico no qual vivem os seres humanos. É algo que artificial e convencionalmente se pactua para formar, o que dá surgimento a uma pessoa que não se confunde com os indivíduos que compõem o pacto; está-se aqui a falar de uma pessoa pública ou corpo coletivo formado com base na união de forças e interesses de diversos indivíduos pactuantes.

Em Rousseau, a liberdade é garantida com

¹⁸ LAFER, 1988, p. 190.

¹⁹ SILVA, 2008, p. 360.

²⁰ BITTAR, 2007, p. 201.

(...) a participação dos membros da associação no poder soberano e não com proteções individuais contra esse mesmo poder. A partir disso, o autor estabelece um vocabulário político próprio, segundo o qual cada associado passa ser chamado de “cidadão enquanto partícipe da autoridade e súdito, enquanto submetido às leis do Estado. Essa união dos papéis de autor e destinatário das normas estatais implica uma nova concepção de liberdade que irá marcar definitivamente a história do pensamento político ocidental: a liberdade passa a ser compreendida como autogoverno, como a submissão de cada um às próprias leis que criou. Assim, cada cidadão, submetendo-se à autoridade comum da qual faz parte, submete-se tão-somente a si mesmo. O engajamento político, o interesse pelos assuntos públicos e a participação na vontade coletiva são apresentados aqui como sinônimo de liberdade, vale dizer, como as únicas garantias de recobrar a independência perdida anteriormente.”²¹

Das ideias citadas acima, percebe-se que o Estado sacrossanto vai deixando aos poucos de existir; esta separação entre o Estado e a divindade passa a atribuir ao homem o caráter de “valor-fonte”, o monarca já não é o detentor absoluto do Poder e “dono” do Estado por vontade divina, o Estado se dá por meio do contrato social, reunião do povo que empresta ao governante o Poder para a organização do Estado. A despeito da concepção Hobbesiana, que pende para um poder soberano absoluto como resposta para a saída do estado da natureza, as teorias contratualistas seguintes demonstram a nova perspectiva de se tomar o homem como “valor-fonte” de todo o Poder Estatal e para onde este deve se dirigir, visando garantir, como fim máximo a ser perseguido, à preservação da pessoa humana, com a participação popular na tomada das decisões acerca do destino do Estado. A comunidade política começa a se estruturar para tomar as rédeas nas decisões Estatais, na elaboração das Leis. Os sistemas normativos começam a ser voltados aos homens, o homem passa a ser o “valor-fonte” do direito, tendo dado lugar para o surgimento das declarações de direitos americana e francesas, ressaltando a afirmação dos direitos do homem em face do soberano absolutista.

As questões acerca da organização dos Estados com base no contratualismo tomam relevo internacional quando Kant publica em 1795 “À Paz Perpetua”. Kant aponta o alto grau de desorganização dos Estados na época, enxerga que haveria um “estado da natureza” na própria comunidade mundial, ou seja, já não bastava mais os cidadãos saírem do estado da natureza para se organizarem em Estados, os próprios Estados em si considerados, também estariam num estado da natureza entre si; necessária, portanto, uma organização entre Estados para que estes,

²¹ SILVA, 2008, p. 368.

segundo Kant, compusessem uma Liga Internacional, com o intuito de manter a paz, revelando sua intenção de aplicar a teoria contratualista no plano internacional.

A sugestão de Kant para a composição de uma Liga Internacional de Estados embasou a criação de Organizações Internacionais tais como a Liga das Nações (após a I Guerra Mundial), ONU, a OEA e, ainda, justifica o estabelecimento de Cortes Internacionais de Justiça para se prestar à aplicação do Direito que regulamentaria as relações jurídicas oriundas do trato entre os países e cidadãos componentes destas Liga de Nações, que se preste a repelir a guerra e a preservar a paz²².

Nessa relação entre estados, o direito se prestaria a regular não somente a relação entre um Estado e seus respectivos cidadãos, mas regularia as relações dos Estados entre si, bem como entre os cidadãos de um Estado com outro Estado ou mesmo cidadãos destes outros Estados. O direito, portanto, não mais se prestaria a regular as relações internas ocorridas em uma *polis*, mas sim, regularias as relações entre várias *polis* e os cidadãos das mesmas entre si e entre as demais *polis*. O direito regularia relações universais, regularia, então, as relações de caráter *cosmo-polis*. Nessa comunidade de Nações já não se consegue ignorar uma violação a direito em qualquer canto do globo que seja; esta violação é sentida em todos os pontos da Terra, justificando, pois, a noção de direito cosmopolita proposta por Kant²³.

Kant refere à cidadania universal que implicaria na hospitalidade universal²⁴. Os cidadãos deveriam ser considerados não apenas cidadãos de seu próprio país, mas sim, cidadãos do mundo, revelando sua possibilidade de transitar pelos diversos países, sem distinção de tratamento, ou proibições de ingresso e permanência, cabendo aos países receberem e viabilizarem o trânsito dos cidadãos em seus territórios, ou seja, haveria que as relações entre os países e os cidadãos estrangeiros serem regidas por noções de hospitalidade, uma hospitalidade universal, mútua. “O direito cosmopolita é limitado às condições desta cidadania

²² KANT, 2008, p. 36.

²³ Ibid., p. 41.

²⁴ Cf. Kant: “(...) o direito de um estrangeiro, por conta de sua chegada à terra de um outro, de não ser tratado hostilmente por este. (...) (...) um *direito de visita*, que assiste a todos os homens, de oferecer-se à sociedade em virtude do direito da posse comunitária da superfície da Terra, sobre a qual, enquanto esférica, não podem dispersa-se ao infinito, mas têm finalmente de tolerar-se uns aos outros, e ninguém tem mais direito do que outrem de estar em um lugar da Terra.” (Ibid., p. 37-38)

universal”²⁵ e à respectiva hospitalidade universal, que o tornam viável, podendo ser recepcionado por todos os Estados que o aplicariam, gerando, portanto, segurança jurídica nas relações internacionais e, conseqüentemente, a manutenção da paz.

Para compreender o que seria cosmopolitismo, importante ressaltar a ideia de universal em Kant²⁶. O autor expressa a ideia de universalidade das coisas, a qual revela um ponto de vista cosmopolita, já que “(...) *as ações humanas – como todo outro acontecimento natural, são determinadas por leis naturais e universais (...)*”.

Não obstante a noção de universal em Kant²⁷ se aplicar como um ponto de vista cosmopolita, o autor refere que o universal é conceito e o cosmopolitismo é um dado historicamente, eis que “*A determinação integral das coisas faz com que cada uma delas participe de um fundamento comum, de sua totalidade (universitas), diferente da universalidade.*”

Como se vê, Kant²⁸ concebe o universal como sendo uma categoria (conceito) que precede a condição cosmopolita (condição “do ser”) do homem. Aqui, o universal é totalidade – mas totalidade, por sua vez, não se confunde com o universal enquanto conceito, conforme aduz o autor quando relata que “*Todas as coisas existem de uma única maneira na qualidade de coparticipantes de um fundamento comum (...)*”, portanto, universal.

Kant verifica tratar o cosmopolitismo de um dado, um fator oriundo de uma observação da realidade, em decorrência das relações internacionais mantidas entre as Nações, a qual permitiria a existência de uma comunidade universal.

A convivência universal e pacífica das nações se mostra imprescindível diante da realidade de todas ocuparem um mesmo planeta, uma grande “esfera” pública, contudo, tal espaço público se revela finito, tanto em sua extensão quanto em seus recursos, o que implica na necessidade de que tais Nações mantenham relações entre si.

Ao analisar o discurso de Kant acerca do cosmopolitismo, Fabrício Bittencourt da Cruz²⁹ cita Soraya Nour a qual refere que:

(...) antes do pensamento cosmopolita kantiano, o direito tinha apenas duas dimensões: o direito interno de cada Estado e o direito das gentes, isto é, o

²⁵ KANT, 2008, p. 37.

²⁶ Id., 1986, p. 09.

²⁷ Ibid., p. 142.

²⁸ Ibid.

²⁹ CRUZ, 2006, p. 102-120.

direito das relações dos Estados entre si e dos indivíduos de um Estado com os do outro.

A partir de Kant surge uma nova dimensão: “o direito cosmopolita, direito dos cidadãos do mundo, que considera cada indivíduo não membro de seu Estado, mas membro, ao lado de cada Estado, de uma sociedade cosmopolita”.

O direito cosmopolita é constituído pelos habitantes de todo o planeta, de modo que o ataque ao direito de um em qualquer lugar da Terra é considerado um ataque ao direito de todos.

A noção de direito cosmopolita está ligada à noção de hospitalidade universal, no sentido de que os cidadãos da Terra têm direito de estar em qualquer lugar do planeta e serem recebidos não como inimigos ou estrangeiros, mas como indivíduos universais, cidadãos do mundo. É assim, pois, que as ideias de Kant viabilizaram o conceito contemporâneo de direitos humanos, embasando noções para que houvesse um catálogo de direitos a ser observado em caráter mundial, devendo os Estados se organizarem entre si, para regulamentar mecanismos de observâncias destes direitos visando à manutenção da paz.

Após a II Guerra Mundial, as noções Kantianas se prestaram a embasar o grande movimento que se prestou a organização de Estados em âmbito mundial e regional e, a editar tratados de Direitos Humanos e instituir Cortes Internacionais de Justiça, visando à tutela dos Direitos Humanos, conforme será tratado em momento posterior, quando da análise do pós-II Guerra Mundial.

Na análise histórica de surgimento e evolução dos Direitos Humanos, quer seja *ex parte populi* (perspectiva dos governados) ou *ex parte principis* (perspectiva dos governantes), Celso Lafer³⁰ aponta que ambas podem existir na forma de uma dicotomia pluralista entre si:

(...) sublinho a importância da dicotomia para o tema dos direitos humanos, pois a preeminência da perspectiva *ex parte populi* tem a sua origem na lógica da modernidade, que afirmou a existência de direitos naturais, que pertencem ao indivíduo e que precedem a formação de qualquer sociedade política. Disso resulta, como aponta Bobbio, o princípio solenemente proclamado pelas declarações americanas e francesa, de que o governo é para o indivíduo e não o indivíduo para o governo.

Isto posto, penso que se pode dizer que a perspectiva *ex parte principis*, em relação aos direitos humanos, enquanto invenção histórica, norteia-se pela governabilidade de um conjunto de homens e coisas num dado território. Co efeito, observa Foucault, a partir da segunda metade do século XVIII, “a população será o ponto em torno do qual se organizará aquilo que nos textos do século XVI se chamava de paciência do soberano, no sentido em que a população será o objeto que o governo deverá levar em consideração em suas observações, em seu saber, para conseguir governar efetivamente

³⁰ LAFER, 1988, p. 125-126.

de modo racional e planejado”. É por essa razão que, numa perspectiva *ex parte principis*, deontologicamente aceitável para o critério da razoabilidade do paradigma da Filosofia do Direito o tema dos direitos humanos é o da escolha, baseada numa “ética de responsabilidade”, de quais os direitos humanos que podem efetivamente ser tutelados, levando-se em conta os recursos disponíveis e a necessidade de se evitar, com a discórdia excessiva, a desagregação da unidade do poder.

Já a perspectiva *ex parte populi*, em contraste com a *ex parte principis*, não se ocupa com a governabilidade, mas se preocupa com a liberdade. É por essa razão que, na perspectiva *ex parte populi*, os direitos humanos, desde Locke, colocaram-se como uma conquista política a serviço dos governados. Daí porque, no século XIX, e particularmente depois da I Guerra Mundial, os direitos humanos, na interação entre governantes e governados, serviram de ponto de apoio para as reivindicações dos desprivilegiados, constituindo, nas palavras de Hannah Arendt, “uma espécie de lei adicional, um direito de exceção para aqueles que não tinham nada melhor em que se apoiar”.

Das revoluções ocorridas no século XVIII, baseadas no ideário liberal, sob a influência do contratualismo, surgem com as declarações tanto americanas, quanto a francesa de 1789 as concepções dos direitos fundamentais de primeira geração, os direitos de garantia. Com uma inspiração individualista, esses direitos também têm contemplado seu exercício de forma coletiva, surgindo os sindicatos e partidos políticos, o que permite o controle do Estado pelos governados. Os direitos de primeira geração, portanto, precedem ao próprio Estado e, se prestam a fundamentar este, o qual tem a função de garantir a fruição daqueles direitos.

Houve, portanto, primeiramente uma preocupação com os direitos civis e políticos, os chamados direitos de primeira geração. Esta preocupação se deu em decorrência de ideias liberais, informadas pelos iluministas, nas quais deveria haver uma presença menor do Estado nas relações, sendo impostas limitações a este, visando à efetivação de direitos-garantia, nos quais o Estado tem sua atuação limitada pela Lei, garantindo o exercício dos direitos da personalidade e a participação na política.

Contudo, não bastava só a garantia, mas de forma complementar e, até mesmo para viabilizar o exercício dos direitos-garantia, surgiram os direitos de crédito em face do Estado, inspirados historicamente no socialismo, vem à tona a ideia do estado de bem-estar social, que se informa a composição dos direitos de segunda geração, quais sejam, os direitos culturais, econômicos e sociais, que se prestam a garantir meios para uma existência humana digna.

No século passado surgem os direitos de terceira geração, de cunho coletivo, que não têm como titular apenas o homem em sua individualidade, como nos

direitos de segunda e primeira geração. Desses direitos, cumpre destacar o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, dentre outros, que dizem respeito à própria viabilidade da existência da humanidade.

A despeito de tantos outros exemplos no curso da história que poderiam ser referidos, percebe-se, desde logo, que os fatores históricos influenciam nos chamados direitos humanos. O catálogo destes direitos e sua respectiva proteção estão em constante evolução, eis que nos dizeres de Bobbio³¹ os Direitos Humanos são relativos no sentido de que não se pode conceber um fundamento universal e absoluto quanto a direitos que são historicamente relativos. Os Direitos Humanos dizem respeito a uma determinada época, local, momento, podendo o seu catálogo respectivo sofrer alterações para a inclusão de novos direitos, bem como para relativização de direitos então encartados, ou mesmo exclusão de outros direitos que, não se mostrem de acordo com a pluralidade de concepções morais, políticas e/ou religiosas ora vigentes em determinado momento histórico, por exemplo. Tais concepções também se mostram relativas, pois que sujeitas à mutação e evolução, assim, o próprio relativismo que deriva dessa pluralidade, também é relativo.

Tal fato resta confirmado com a ruptura perpetrada pelo totalitarismo. Não obstante a evolução da construção dos direitos fundamentais por meio de séculos, com a enunciação de direitos primeira e segunda geração, a afirmação da pessoa como valor-fonte da ordem jurídica e dos fins últimos do Estado, o totalitarismo surge com o nazismo e propõe uma quebra no que havia sido construído até então. Vem o totalitarismo para afirmar a ideia de descarte do ser humano, o qual passou a ser visto como um supérfluo, em profunda contradição com as ideias liberais

³¹ Cf. Bobbio, os direitos do homem seriam uma classe variável, o que se pode verificar da análise histórica dos últimos séculos, que demonstram que os direitos do homem se modificaram e continuam a se modificar, não se mostrando possível atribuir um fundamento absoluto a direitos que são historicamente relativos: "(...) os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com tanta ostentação nas recentes declarações. Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar, como o direito a não portar armas contra a própria, ou o direito de respeitar a vida também dos animais e não só dos homens. O que prova que não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não fundamental em outras épocas e em outras culturas.(...) (...) Não se concebe como seja possível atribuir um fundamento absoluto a direitos historicamente relativos." (BOBBIO, 2004, p. 18-19)

desenvolvidas até então, demonstrando quão frágil era a construção do ideário dos direitos humanos até então.

Celso Lafer aponta que os deveres dos cidadãos para com a coletividade, estipulados *ex parte principis*, acaso sejam estipulados sem a participação democrática pelos governados na gestão do Estatal, abrem rumo para o totalitarismo³², o que aconteceu na primeira metade século XX com o nazismo, que implicou na ruptura da construção dos direitos fundamentais que havia sido desenvolvida até então, demonstrando que os direitos humanos são um construído decorrentes da estruturação do estado, uma vez que sujeitos a rupturas, conforme estudo de Hannah Arendt acerca das origens do totalitarismo, referidos por Celso Lafer³³:

Estas origens, como já foi observado, não são causas, mas sim antecedentes, vale dizer, cristalizações de formas de atuação que ajudam a esclarecer os eventos que culminaram no totalitarismo. No exame destes antecedentes do processo de ruptura, que a meu ver explicam, no campo jurídico, a erosão tanto do paradigma do Direito Natural quanto do da Filosofia do Direito, a análise arendtiana ilumina como os direitos humanos não são, na linha de pensamento que remonta a Platão, uma medida externa a *polis*, ou seja, um *dado*. São um *construído*, uma invenção ligada à organização da comunidade política, que na experiência europeia foi mais ou menos duradoura em função de vicissitudes históricas derivadas da aplicação do princípio das nacionalidades na estruturação do Estado.

A constatação de Hannah Arendt de que os Direitos Humanos são um construído casa com a de Bobbio quando este referiu que catálogo destes direitos e sua respectiva proteção estão em constante evolução, dado que são direitos que são historicamente relativos, do que se depreende que Joaquín Herrera Flores³⁴ comunga de entendimento similar, quando afirma que:

(...) a partir de nossa perspectiva teórica, os direitos humanos não são algo dado e construído de uma vez por todas em 1789 ou em 1948, mas se trata de processos, ou seja, de dinâmicas e lutas históricas decorrentes das resistências contra a violência que as diferentes manifestações do poder do capital exerceram contra os indivíduos e coletivos.

No processo de evolução histórica dos Direitos Humanos, Joaquín Herrera Flores os define em três momentos: o cultural, o político e o social, afirmando que

³² LAFER, 1988, p. 133-134.

³³ Ibid., p. 134.

³⁴ FLORES, 2009, p. 169.

cada qual implica em sua própria especificação axiológica, qual seja, a liberdade, a fraternidade e a igualdade. Afirmo o autor que a especificação cultural/histórica dos direitos humanos consiste em que eles não são algo dado, nem algo transcendental, seriam, isso sim,

(...) produtos culturais que instituem ou criam as condições necessárias para implementar um sentido político forte de liberdade (oposto à condição restritiva da liberdade como autonomia): minha liberdade (de reação cultural) começa onde começa a liberdade dos demais (...)³⁵.

A evolução histórica dos Direitos Humanos passa também pela ideia dos Direitos Humanitários e que se prestariam, nas palavras de Thomas Buerghental, citado por Flávia Piovesan, a constituir o “*componente de direitos humanos da lei de guerra*”³⁶. A concepção dos direitos humanitários como direitos de guerra contribuiu para a internacionalização dos Direitos Humanos. Tais direitos passam a impor limites aos Estados, havendo que se falar, por conseguinte, numa cessão da soberania estatal diante da necessidade de observância de normas internacionais que se prestavam a regulamentar o exercício do direito de guerra.

No direito de guerra resta evidenciada a necessidade de enunciação de condutas reputadas como criminosas, dada sua gravidade, surgindo a primeira noção de crimes contra a humanidade, quando o art. 227 do Tratado de Versalhes, assinado entre as potências aliadas e a Alemanha em 1919, institui um Tribunal para julgar G Guilherme II de Hohenzollern, ex-imperador da Alemanha, entretanto, conforme referido por Jean-Paul Bazelaire e Thierry Cretin, já antes mesmo da paz de Versalhes verifica-se a “primeira pista” da noção de crime contra a humanidade, na declaração de 18 de maio de 1915, publicada por França, Grã-Bretanha e Rússia, após o massacre de armênios, denunciando “os novos crimes da Turquia contra a humanidade e a civilização”³⁷.

Também após a I Guerra surge a Liga das Nações que continha previsões genéricas acerca de direitos humanos, bem como a Organização Internacional do Trabalho – OIT, que com suas normativas também influenciou no processo de internacionalização dos Direitos Humanos.

³⁵ FLORES, 2009, p. 192-193.

³⁶ PIOVESAN, 2008, p. 111.

³⁷ BAZELAIRE; CRETIN, 2004, p.13.

O processo de internacionalização dos Direitos Humanos e a evolução de seu conceito ao conceito contemporâneo têm por referência o período do pós II Guerra Mundial, tendo em conta a ruptura perpetrada pelos regimes totalitários que culminaram com a eclosão da guerra e implicaram nas maiores violações de direitos humanos noticiadas até então. Havia necessidade de se repensar a forma como seria disposta a comunidade internacional.

2.2 O TOTALITARISMO E A RUPTURA

O totalitarismo perpetrado pelo regime nazista na Alemanha na primeira metade do século XX, após a I Guerra Mundial, propagou a ideia do ser humano supérfluo, descartável. Sob a égide do sistema legal alemão vigente durante o nazismo, o mal se tornou legal, burocrático, tornou-se o mal, portanto, banal - a sua prática estava em conformidade com a legislação do Estado e, desta feita, correta, comum e corriqueira.

Para entender o porquê da tese de que a internacionalização dos Direitos Humanos se deu, como hoje é concebida, no período pós II Guerra Mundial³⁸, necessário, primeiramente, tecer alguns comentários acerca do totalitarismo, em especial do regime nazista alemão que se desenvolveu antes da II Guerra, significando uma ruptura legal, sob o ponto de vista do regime nazista, com o desenvolvimento dos direitos fundamentais, dado que tratava a vida humana como descartável, supérflua.

O totalitarismo representou uma quebra com o desenvolvimento dos direitos fundamentais, tem-se no totalitarismo uma ruptura com o que havia sido construído até então. A despeito do desenvolvimento dos direitos civis e sociais, o conceito do ser humano como “valor-fonte” da ordem jurídica era estranho ao totalitarismo; neste regime, o ser humano era descartável, supérfluo, a forma como fora instituído era diferente de qualquer outra, não se confundindo com nenhum outro regime de

³⁸ Cf. Flávia Piovesan: “(...) a verdadeira consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos surge em meados do século XX, em decorrência da Segunda Guerra Mundial. Nas palavras de Thomas Buerghental: ‘O moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno do pós-guerra. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte destas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse.’” (PIOVESAN, 2008, p. 117)

governo até então conhecido pela humanidade, houve uma ruptura com o que se conhecia até então:³⁹

O totalitarismo representa uma proposta de organização da sociedade que almeja a dominação total dos indivíduos. Encarna, neste sentido, o processo de ruptura com a tradição, pois não se trata de um regime autocrático, que encontra posição dicotômica a um regime democrático busca restringir ou abolir as liberdades públicas e as garantias individuais. Trata-se, em verdade, de um regime que não se confunde nem com a tirania, nem com o despotismo, nem com as diversas modalidades de autoritarismo, pois se esforça por eliminar, de maneira historicamente inédita, a própria espontaneidade – a mais genérica e elementar manifestação da liberdade humana. Gera, para alcançar este objetivo, o isolamento destrutivo da possibilidade de uma vida pública, que requer a ação conjunta com outros homens – e a *desolação*, que impede a vida privada.

Essa ruptura com o que havia sido construído ao longo dos séculos passados em matéria de direitos fundamentais demonstrou quão frágil era a existência e a manutenção da vida humana da forma como eram então concebidas. O construído dos direitos fundamentais por meio do liberalismo e do socialismo de repente desmoronou de forma abrupta com o advento do totalitarismo:⁴⁰

Como entender esta situação, que rompe tão flagrantemente com uma tradição que, apesar de tantas marchas e contramarchas, indicavam um processo de objetivação histórica de uma direção, ou pelo menos de uma esperança razoável de aperfeiçoamento com a convivência coletiva? Em outras palavras, como é que foi possível o totalitarismo, nas suas vertentes nazista e stalinista, desdobramentos históricos aparentemente contraditórios e surpreendentes da utopia liberal – inspiradora dos direitos de primeira geração – e da utopia socialista – inspiradora dos direitos da segunda geração?

No totalitarismo, os limites para a existência humana eram frágeis e, poderiam facilmente ser abolidos sob o manto de uma “legalidade” instituída sem um fim, apenas com direção, implicando num amorfismo jurídico e consequentemente estatal. Nas palavras de Hannah Arendt, o totalitarismo trabalha com o segredo, o modelo totalitário, foge do padrão de pirâmide e adota o padrão de cebola, em que camadas externas, ostensivas, porém frágeis, escondem, camuflam, camadas internas que representam a real direção das intenções do detentor do poder.

³⁹ LAFER, 1988, p. 117.

⁴⁰ Ibid., p. 133-134.

A legislação nos regimes totalitários é de movimento, não visa a um fim, uma estabilização estatal, ela se movimenta de forma constante numa direção, qual seja, aquela que se preste a adequar as leis às vontades do detentor do poder⁴¹:

O subjetivismo do “princípio do chefe” ou da “vontade da revolução” expressos pelo líder faz, na dinâmica totalitária, com que as leis não tenham uma função estabilizadora de vidas, mas tornem-se exclusivamente leis de movimento.

Neste sentido, se o positivismo jurídico combina a decisão com uma norma inserida no ordenamento, pode dizer-se que ele se vê efetivamente posto em questão pelo totalitarismo que, exacerbando o decisionismo, termina por prescindir de normas, pois é *lex soluta*.

O totalitarismo, por isso mesmo, não cria uma nova forma de legalidade, substitutiva de uma legalidade anterior: aniquila-a. A legitimidade totalitária, explica Hannah Arendt, desafia a legalidade procurando aniquila-la ao executar a lei da História (stalinismo) ou da Natureza (nazismo), sem convertê-las em critérios de certo e errado que possam nortear a conduta individual. De fato, trata-se de aplicar a “lei” (da História ou da Natureza) diretamente à humanidade, sem se incomodar com a conduta dos homens.

O nazismo com seus campos de concentração impediu a participação na vida pública, inviabilizando a democracia, afastando a noção de cidadania e dignidade humana. Não há como falar em Direitos Humanos sem ter em conta a democracia; o direito de escolha e de participação na vida política torna o homem de fato livre. É isso que faz do ser humano um cidadão num regime que torne viável o primado da dignidade da pessoa humana, conforme referido por Fernando G. Jayme⁴²:

Os governos democráticos orientam-se em direção à realização dos direitos humanos, porque, a partir do exercício de direitos civis e políticos, particularmente do direito de participar da vida política e da liberdade de manifestação do pensamento, permite-se que, do consenso colhido das diversas opiniões existentes, adotem-se decisões políticas que contribuam para a realização de outros direitos. “A democracia constrói as instituições necessárias para a realização dos direitos humanos.”

A democracia não encontrou lugar no totalitarismo, o regime totalitário nazista cuidou de promover a noção de que o homem somente tem valor se integrado à coletividade; a pessoa em si considerada não teria direitos, mas somente a coletividade da qual fazia parte, para com esta, aquela teria somente deveres⁴³:

(...) a afirmação do primado da coletividade nacional em relação ao indivíduo na sua singularidade pode levar à tese de que o indivíduo não tem

⁴¹ LAFER, 1988, p. 97.

⁴² JAYME, 2005, p. 25.

⁴³ LAFER, op. cit., p. 133.

direitos, mas apenas deveres em relação ao todo, pois a sua plenitude só se dá com o desenvolvimento do *Volk*, da Raça ou da Nação. É o que ocorreu no nazismo, cujo Direito propunha-se a ter como centro não a pessoa humana mas sim o homem enquanto integrado na comunidade do povo – o *Volksgenosse*.

A tese de que os indivíduos não têm direitos mas apenas deveres em relação à coletividade, na medida em que estes deveres são estipulados *ex parte principis*, sem um controle e uma participação democrática dos governados, levou, no totalitarismo, à negação do valor da pessoa humano enquanto “valor-fonte” da ordem jurídica. Ora, este “valor-fonte” da tradição, que afirma a dignidade do homem graças à “invenção dos direitos humanos”, na interação histórica entre governantes e governados teve, e continua tendo, como função, na perspectiva *ex parte populi*, servir de ponto de apoio para as reivindicações dos desprivilegiados. No totalitarismo isto não ocorreu, pois os indivíduos foram vistos como supérfluos pelos governantes.

Esses fatores levaram a uma burocracia totalitária sem possibilidade de participação ou questionamento na esfera pública o que caminhou para um terrível desfecho, de acordo com os fins que interessavam unicamente ao detentor do poder. A direção totalitária era no sentido da não assimilação dos *displaced persons* surgidos após o I pós-guerra. Estas *displaced persons*, outrora cidadãos do mundo, quando não havia maiores requisitos burocráticos para a entrada e permanência de estrangeiros nos territórios dos países⁴⁴, passaram a ser rejeitadas, dados os problemas econômicos tais como inflação e desemprego. Diante de tais problemas, o nacionalismo surgiu para limitar a liberdade de circulação das pessoas, restando firmada uma das origens do totalitarismo, eis que um grande número de pessoas passou a ser apenas excesso no planeta, tornando-se descartáveis⁴⁵; estas *displaced persons* não podiam mais invocar direitos perante nenhum país, eis que apátridas, ficando à deriva, à mercê do mal que estava por vir⁴⁶.

Ao final, o genocídio acabou sendo a solução final para aqueles que não se adequavam ao conceito de nacionais, os *displaced persons* tiveram o fim que o

⁴⁴ Cf. cita Celso Lafer ao citar Herbert W. Briggs: “Antes da I Guerra Mundial, o número de apátridas em um determinado país era relativamente pequeno e a possibilidade de pessoas cruzarem fronteiras sem passaportes ou vistos e permanecerem sem serem molestadas em países de residência provisória tornou o problema da apatridia de interesse internacional relativamente insignificante. Entretanto, as maciças medidas de desnacionalização postas em prática pelos regimes soviético, facista e nazista, por razões políticas ou raciais, criaram grupos, significativamente grandes de apátridas e motivaram esforços internacionais para aperfeiçoar o *status* jurídico dos apátridas e eliminar a apatridia automática causadas por conflitos de leis de nacionalidade.” (LAFER, 1988, p. 145)

⁴⁵ Cf. Celso Lafer ao referir a noção arendtiana acerca das origens do totalitarismo (Ibid., p. 139)

⁴⁶ Cf. Hannah Arendt, que comenta o depoimento de Eichmann, de onde se verificou que na Alemanha nazista, para a implementação da solução final “(...) os peritos legais elaboraram a legislação necessária para tornar apátridas as vítimas, o que era importante sob dois aspectos: tornava impossível para qualquer país inquirir sobre o destino deles, e permitia que o Estado em que residiam confiscasse sua propriedade (...)”. (ARENDR, 1999, p. 131)

totalitarismo entendeu adequado para aqueles seres humanos que o mesmo totalitarismo tomou por descartáveis. No regime nazista, o povo judeu fora “contemplado” com a chamada “solução final”, a qual se prestava a colocar um ponto final no “problema” judaico⁴⁷. Tal “solução final” consistia nada mais nada menos que o extermínio dos judeus⁴⁸:

A máquina de extermínio havia sido planejada e aperfeiçoada em todos os detalhes muito antes do horror da guerra atingir a própria Alemanha, e sua intrincada burocracia funcionou com a mesma impassível precisão tanto nos anos de vitória fácil, como naqueles de derrota previsível.

O genocídio totalitário se deu de forma normal, autorizado por Hitler, o qual legitimara-o no âmbito do regime nazista, instituindo uma máquina estatal destinada ao extermínio dos judeus⁴⁹:

Ocorrida em 20 de janeiro de 1942 em Wannsee (pequena localidade próxima a Berlim), uma conferência reuniu os *Staatssekretäre* (secretários de Estado). Ela testemunha a vontade oficial dos mais altos responsáveis nazistas de implantar a “Solução Final” com a cooperação do conjunto dos ministérios. Ela cria uma burocracia aterrorizante, cujos atores ao mesmo tempo impessoais e intercambiáveis fazem da Alemanha nazista uma gigantesca organização administrativa e criminoso dedicada à destruição dos judeus da Europa.

Hannah Arendt aduz que a burocracia do genocídio era implacável; ao referir o julgamento de Eichmann, verifica como a legitimação do extermínio dos judeus pelo regime nazista se prestou para que os alemães, encarregados de tal tarefa, lavassem suas mãos⁵⁰:

(...) eram muitas as oportunidades de Eichmann se sentir como Pôncio Pilatos, e à medida que passavam os meses e os anos, ele perdeu a necessidade de sentir fosse o que fosse. Era assim que as coisas eram, essa era a nova lei da terra, baseada nas ordens do Fuher; tanto quanto podia ver, seus atos eram os de um cidadão respeitador das leis. Ele cumpria o seu *dever*, como repetiu insistentemente à polícia e à corte; ele não só obedecia *ordens*, ele também obedecia à *lei*.

De fato, o positivismo jurídico se prestou, lamentavelmente, para legalizar, no âmbito do nazismo, os horrores do genocídio. Foi elaborada uma série de atos

⁴⁷ ARENDT, 1999, p. 98-99.

⁴⁸ Ibid., p. 132.

⁴⁹ BAZELAIRE; CRETIN, 2004, p.19-20.

⁵⁰ ARENDT, op. cit., p. 152.

normativos não apenas por servidores públicos comuns, mas por juristas, que elaboraram instrumentos para viabilizar a ordem do Fuher no tocante à “Solução Final”, tornando o mal legítimo naquele momento, banalizando o mal por meio de sua conformação com o regime estatal⁵¹:

E assim como a lei de países civilizados pressupõe que a voz da consciência de todo mundo dita “Não matarás”, mesmo que o desejo e os pendores do homem natural sejam às vezes assassinos, assim a lei da terra de Hitler ditava à consciência de todos: “Matarás”, embora os organizadores dos massacres soubessem muito bem que o assassinato era contra os desejos e os pendores normais da maioria das pessoas. No Terceiro Reich, o Mal perdera a qualidade pela qual a maior parte das pessoas o reconhecem – a qualidade da tentação. Muitos alemães e muitos nazistas, provavelmente a esmagadora maioria deles, deve ter sido tentada a *não* matar, a *não* roubar, a *não* deixar seus vizinhos partirem para a destruição (pois eles sabiam que os judeus estavam sendo transportados para a destruição, é claro, embora muitos possam não ter sabido dos detalhes terríveis), e a *não* se tornarem cúmplices de todos esses crimes tirando proveito deles. Mas Deus sabe como eles tinham aprendido a resistir à tentação.

Sob a pecha da soberania, o nazismo se prestou a cometer as mais absurdas e numerosas violações contra a dignidade humana, provocando uma banalização generalizada da violência, sob a chancela estatal.

O regime nazista, sob os auspícios de suas leis perpetrrou as mais graves violações aos direitos do homem até então noticiadas; com o fim da II Guerra Mundial a comunidade internacional se dava conta da fragilidade de suas instituições no tocante à proteção dos direitos fundamentais. A dimensão do mal perpetrado pelos nazistas revelou de plano a necessidade de se criar mecanismos aptos a tutelar em âmbito global, de forma complementar e supraestatal, os direitos do homem. Já não bastava mais uma legislação interna, esta poderia ter sua vigência, eficácia e interpretação ao sabor do soberano totalitário, deveria haver meios de enunciar e tutelar tais direitos, de modo a impedir sua violação, quer seja por particulares, quer seja pelo próprio Estado.

⁵¹ ARENDT, 1999, p. 167.

2.3 O PÓS II GUERRA MUNDIAL E A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Ainda antes da II Guerra Mundial, as noções do Direito Humanitário no Direito de Guerra, a criação da Liga das Nações e da OIT já estavam a conferir um novo *status* ao indivíduo no âmbito do Direito Internacional, modificando o panorama de tal ramo do Direito, afirmando limitações à autonomia dos Estados, extrapolando normas que se prestavam a regular o interesse único dos Estados, para também disciplinar matérias relativas aos Direitos Humanos, “*Aos poucos, emerge a ideia de que o indivíduo é não apenas objeto, mas também sujeito de Direito Internacional.*”⁵²

Com o final da Segunda Guerra Mundial a Comunidade Internacional, barbarizada diante das atrocidades dos regimes totalitários que banalizaram tudo o que poderia se conceber a título de Direitos Humanos, atentou para a necessidade da promoção a nível global de uma cultura de enunciação e tutela dos Direitos Humanos.

O regime nazista demonstrou que, sob o manto da legalidade, a ordem interna poderia ser subvertida à doutrina da banalização da vida humana e, desta feita, a banalização do mal. Simplesmente, a descartabilidade da pessoa humana poderia, a qualquer momento, se instaurar em qualquer outro canto do globo, nos moldes como teria se dado durante o regime nazista. Havia que se pensar em mecanismos para evitar tal situação eis que, ainda que hipotética, não era impossível de se repetir.

A ruptura com os direitos fundamentais que se deu com o nazismo, após a II Guerra Mundial impulsionou a reconstrução dos Direitos Humanos, os quais, conforme já asseverado, passaram a ter uma dimensão internacional. O receio do surgimento de novos focos de violações aos Direitos Humanos em qualquer território que fosse, impingiu o medo na comunidade internacional, que receosa do surgimento de novos movimentos inclinados a desprestigiar a vida humana, organizou-se com o intuito de assegurar que os Direitos Humanos fizessem parte da nova ordem internacional.

⁵² PIOVESAN, 2008, p. 116.

Flávia Piovesan refere que “(...) a necessidade de uma ação internacional mais eficaz para a proteção dos direitos humanos impulsionou o processo de internacionalização desses direitos, culminando na criação sistemática normativa de proteção internacional”.⁵³

De fato, com o fim da II Guerra Mundial, a sociedade internacional reflete sobre o conceito de soberania e dignidade humana, regime jurídico estatal e enunciação e proteção dos direitos humanos. Da reflexão, começam a surgir vários mecanismos visando à proteção dos Direitos Humanos em nível internacional, podendo resumidamente aduzir que os principais mecanismos que viabilizaram a internacionalização dos direitos humanos imediatamente ao pós-guerra foram a Carta da ONU, de 1945, contemplando a promoção dos direitos humanos e liberdades individuais; a Convenção para a Repressão ao Crime de Genocídio, de 1948, em que se verifica o caráter complementar da Jurisdição Internacional, ao dispor que o genocídio não seria um crime qualquer, mas internacional e, que se não julgado no local, será apurado por uma Corte Internacional, a qual seria no presente o Tribunal Penal Internacional; o Tribunal de Nuremberg (1945-1946), idealizado para o julgamento daqueles que perpetraram delitos contra a humanidade, durante a 2ª Grande Guerra já referido supra e, ainda; a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em que fora consignada a concepção contemporânea de direitos humanos, qual seja, a sua universalidade, indivisibilidade e interdependência.

Em âmbito regional, surgem os sistemas Interamericano, Europeu e Africano de defesa dos Direitos Humanos, sendo que no tocante ao Sistema Interamericano, necessário se faz mencionar a Convenção de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica e, ainda, seu Protocolo Adicional, em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também conhecido por Pacto de San Salvador.

O fim da Guerra fria também significou importante etapa no desenvolvimento dos Direitos Humanos e nos processos de sua internacionalização, havendo que se falar no comprometimento dos Estados com os Direitos Humanos em plano global, conforme relata Flávia Piovesan⁵⁴.

⁵³ PIOVESAN, 2008, p. 116.

⁵⁴ PIOVESAN, 2008, p. 277-278.

O fim da Guerra Fria, no contexto internacional, contribuiu Consideravelmente para este processo. A partir dele, os direitos humanos passaram a ser concebidos como tema global. Isto porque, em face das peculiaridades de tais direitos, no mundo de confrontações ideológicas entre comunismo e capitalismo, era mais fácil esconder as violações de direitos internacionalmente detectadas, sob o argumento de que as denúncias tinham por finalidade deteriorar a imagem positiva que cada bloco oferecia de si mesmo e, assim, proporcionar vantagens políticas ao lado do adversário.

(...)

Vale dizer, se o fim da Segunda Guerra Mundial significou a primeira revolução no processo de internacionalização dos direitos humanos, impulsionando a criação de órgãos de monitoramento internacional, bem como a elaboração de tratados de proteção dos direitos humanos – que compõem os sistemas global e regional de proteção -, o fim da Guerra Fria significou a segunda revolução no processo de internacionalização dos direitos humanos, a partir da consolidação e reafirmação dos direitos humanos como tema global.

Com a internacionalização dos Direitos Humanos há que se referir ao seu conceito contemporâneo, contemplado na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em que tais direitos são conceituados como indivisíveis e universais, conceito este que fora confirmado em Conferências Mundiais tais como a do Meio Ambiente e Desenvolvimento, ocorrida em 1992 no Rio de Janeiro, a Conferência de Direitos Humanos de Viena, de 1993, a da População e Desenvolvimento no Cairo, de 1994, a do Desenvolvimento Social de 1995, em Copenhague, a da Mulher, em Beijing, ocorrida em 1995, bem com a dos Assentamentos Humanos, de Istambul, em 1996⁵⁵.

O conceito de direitos humanos resulta de uma análise não apenas jurídica, mas passa por vários campos das ciências humanas e sociais, tais como filosofia, sociologia e história. Não é por menos que Etienne-Richard Mbaya⁵⁶ refere que:

(...) a noção de direitos humanos constitui ao mesmo tempo a obra evidenciada do pensamento filosófico e teórico; é aí, inclusive, que pode existir sob forma pura e original, aliás a mais valorizada na cultura jurídica moderna, diferentemente das legislações que nem sempre aceitavam a noção de direitos humanos, a não ser com certos limites e num sentido modificado, sob forma dos direitos fundamentais ou até cívicos.

Vale também fornecer o conceito de direitos humanos enunciado por Fernando Barcellos de Almeida⁵⁷, o qual dispõe que:

⁵⁵ JAYME, 2005, p. 23.

⁵⁶ MBAYA, 1997, p. 17-41.

⁵⁷ ALMEIDA, 1996.

Direitos Humanos são as ressalvas e restrições ao poder político ou as imposições a este, expressas em declarações, dispositivos legais e mecanismos privados e públicos, destinados a fazer respeitar e concretizar as condições de vida que possibilitem a todo ser humano manter e desenvolver suas qualidades peculiares de inteligência, dignidade e consciência, e permitir a satisfação de suas necessidades materiais e espirituais.

Entretanto, quando se fala que direitos humanos são ressalvas e restrições ao poder político, não há como pretender um conceito simplesmente técnico-jurídico para direitos humanos, em se tratando de normas direcionadas ao poder político ou impostas a este, tem-se que os direitos humanos são muitas vezes frutos de processos revolucionários que, quebrando com antigos paradigmas, acabam por se inserir nos mais diversos ordenamentos jurídicos, assim, Joaquín Herrera Flores, citado por Flávia Piovesan⁵⁸, aduz que:

(...) os direitos humanos compõem uma racionalidade de resistência, na medida em que traduzem processos que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana. Invocam, nesse sentido, uma plataforma emancipatória voltada à proteção da dignidade humana.

Flávia Piovesan⁵⁹ analisa o conceito de direitos humanos no curso de sua evolução e, acaba por referir a uma concepção contemporânea para eles, a qual veio a ser introduzida pela Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993: “Essa concepção é fruto da internacionalização dos direitos humanos, que constitui um movimento extremamente recente na história, surgindo, a partir do Pós-Guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo.”

O conceito contemporâneo de direitos humanos revela a universalidade e a indivisibilidade desses direitos, conforme proposto pela Declaração Universal de 1948.

Fala-se em universalidade dos direitos humanos dado que estes direitos são de titularidade de todas as pessoas, bastando, para tanto, ostentar esta condição e, no tocante à indivisibilidade dos direitos humanos, estes se revelam indivisíveis em virtude de que não há que se falar em dignidade humana se este ou aquele aspecto inerente a tal condição não se faça presente.

⁵⁸ PIOVESAN, 2006b, p. 8.

⁵⁹ Ibid., p. 8-9.

Flávia Piovesan⁶⁰ discorre acerca do caráter universal, bem como de seu caráter indivisível, os quais são inerentes à concepção contemporânea de direitos humanos:

Neste cenário, a Declaração de 1948 inova a gramática dos direitos humanos, ao introduzir a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente, e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais.

A universalidade e a indivisibilidade dos Direitos Humanos também implicam que, a despeito dos diversos sistemas de proteção existentes, em nível regional e em nível global, prevaleça a aplicação da norma mais favorável em favor da vítima de violação de direitos humanos, os Direitos Humanos são indivisíveis, de modo que os instrumentos editados para a sua proteção se complementam, não havendo que se falar em cisão, da mesma forma, ante sua universalidade, pode o cidadão valer-se das normas previstas no âmbito do sistema de regional no qual se encontra ou das normas globais, conferindo ao ramo dos Direitos Humanos a característica de um Direito de Proteção⁶¹:

No processo de generalização da proteção dos direitos humanos, a unidade conceitual dos direitos humanos – todos inerentes à pessoa humana – veio a transcender as distintas formulações de direitos reconhecidos em diferentes instrumentos. Em nada surpreende que ao indivíduo seja concedida a liberdade e escolha do procedimento internacional a ser acionado (em nível global ou regional), - o que pode reduzir ou minimizar a possibilidade de conflito no plano normativo. Tampouco em nada surpreende que se aplique o critério da primazia da norma mais favorável à suposta vítima de violação de direitos humanos (seja tal norma de direito internacional – consagrada em um tratado universal ou regional – ou de direito interno). Tal complementaridade de instrumentos de direitos humanos em níveis global e regional reflete a especificidade e autonomia do Direito Internacional dos Direitos Humanos, caracterizado essencialmente como um *direito de proteção*.

⁶⁰ PIOVESAN, 2006a, p. 18.

⁶¹ CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 28.

Diante dos conceitos e posições fornecidas retro, percebe-se que a maior preocupação na conceituação dos direitos humanos guarda nítida relação com a questão que envolve a proteção da dignidade da pessoa humana. O conceito contemporâneo de direitos humanos que envolve, necessariamente, uma análise dos movimentos históricos, dentre eles, a ascensão do nazismo revela-se um dos mais relevantes, eis que dada a banalidade com que tratava a dignidade humana, promovendo constantes, flagrantes e absurdas violações a tal postulado, fez com que a comunidade internacional entendesse necessário, após o fim da 2ª Guerra Mundial, enunciar os direitos humanos por meio de um documento formal, culminando, assim, na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a qual fora sucedida de vários outros documentos visando à enunciação tutela e garantia de tal modalidade de direitos, assegurando seu caráter universal e indivisível, conferindo uma dimensão internacional aos Direitos Humanos, ensejando a criação de vários organismos para sua proteção, em âmbito regional e global, que agem de forma interativa e complementar na enunciação, garantia, tutela e efetivação destes direitos.

2.4 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

É comum a confusão entre os conceitos de Direitos Humanos e Direitos Fundamentais.

Há quem defina que Direitos Humanos são Direitos Fundamentais, contudo, aquele conceito é bem mais abrangente que este.

Os Direitos Fundamentais são aqueles elencados em capítulo próprio das Constituições dos Estados, ou seja, são aqueles Direitos que o Poder Constituinte, quer seja originário, quer seja derivado, resolveu expressamente fazer constar do rol dos direitos mais importantes a serem preservados no momento da elaboração da Carta.

Os direitos fundamentais podem se constituir em cláusulas pétreas, quando se está a falar de Constituições Rígidas como a Constituição Federal Brasileira de 1988, importando dizer que tais direitos compõem o núcleo imodificável de tal Constituição, sendo concebidos como normas de eficácia plena e imediata, cujas

garantias para o seu exercício também devem ser previstas, estando revestidas dos mesmos caracteres.

Ao Poder Constituinte Derivado cabe tão-somente a ampliação do rol dos Direitos Fundamentais, bem como dos meios para sua efetivação e garantia, não podendo jamais suprimi-los do texto Constitucional, sob pena incorrer em vício de inconstitucionalidade.

E nem se diga quanto ao Legislador infraconstitucional, a vedação prevista para o Poder Constituinte Derivado também se estende, por óbvio, ao legislador infraconstitucional que não pode editar normas que se prestem a suprimir os direitos fundamentais e nem tampouco embaraçar sua fruição ou implementação, cabendo ainda ressaltar a inconstitucionalidade por omissão, quando o legislador infraconstitucional permanece inerte em sua função legiferante, deixando de editar normas que se prestem a garantir a efetivação dos direitos fundamentais.

Já quando se trata do conceito de direitos humanos, estes seriam aqueles reconhecidos pela ordem internacional. Os Direitos Humanos compõem um núcleo de direitos inalienáveis e inerentes a todo cidadão do planeta, independentemente de sua nacionalidade, valendo referir Ingo Wolfgang Sarlet⁶² o qual tece aspectos importantes acerca desta distinção:

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) 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, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). A consideração de que o termo direitos humanos pode ser equiparado ao de direitos naturais não nos parece correta, uma vez que a própria positivação em normas de direito internacional, de acordo com a lúcida lição de Bobbio, já revelou, de forma incontestável, a dimensão histórica e relativa dos direitos humanos, que assim se desprenderam – ao menos em parte (mesmo para os defensores de um jusnaturalismo) – da ideia de um direito natural. Todavia, não devemos esquecer que, na sua vertente histórica, os direitos humanos (internacionais) e fundamentais (constitucionais) radicam no reconhecimento, pelo direito positivo, de uma série de direitos naturais do homem, que, neste sentido, assumem uma dimensão pré-estatal e, para alguns, até mesmo supra-estatal. Cuida-se, sem dúvida, igualmente de

⁶² SARLET, 2001, p. 33-34.

direitos humanos – considerados como tais aqueles outorgados a todos os homens pela sua mera condição humana-, mas de direitos não positivados. Assim, com base no exposto, cumpre traçar uma distinção, ainda que de cunho predominantemente didático, entre as expressões direitos do homem (no sentido de direitos naturais não, ou ainda não positivados), direitos humanos (positivados na esfera do direito internacional) e direitos fundamentais (direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado).

Nesse viés, tem-se que os Direitos Fundamentais são espécies do gênero dos Direitos Humanos, estes sim, compõem um catálogo bem maior, cuja conceituação e disciplina se situam no campo do Direito Internacional.

Os Direitos Humanos, conforme seu conceito, são construídos e simbolizam um plexo de normas que podem e devem ser incorporadas pela ordem Estatal interna, por meio de tratados, por exemplo.

A distinção dos Direitos Humanos com os Direitos Fundamentais ganha especial contorno no Direito Brasileiro quando a Constituição Federal de 1988, por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004 passou a dispor que os Tratados de Direitos Humanos quando aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais, o que demonstra que muito embora um Direito seja consagrado como Direito Humano, pode ainda não sê-lo como Direito Fundamental em determinada ordem interna, o que confirma a distinção deste daquele.

Fernando G. Jayme⁶³, citando Canotilho, ilustra bem a distinção entre Direitos Humanos como aqueles reconhecidos na ordem internacional e, Direitos Fundamentais, como aqueles positivados na ordem interna de determinado Estado:

Por sua vez, os direitos humanos “arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta”.

Assim, direitos fundamentais são direitos humanos constitucionalizados, gozando de proteção jurídica no âmbito estatal, reservando-se o emprego da expressão direitos humanos para as convenções e declarações internacionais, que desfrutam de proteção supra-estatal.

Sarlet, citado supra, trabalha a ideia de que direitos fundamentais seriam algo como uma espécie do gênero direitos humanos quando discorre que:

⁶³ JAYME, 2005, p. 11-12.

Nesse sentido, assume atualmente especial relevância a clarificação da distinção entre as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, inobstante tenha também ocorrido uma confusão entre os dois termos. Neste particular, não há dúvidas de que os direitos fundamentais, de certa forma, são também direitos humanos, no sentido de que seu titular será sempre humano, ainda que representado por entes coletivos.

Analisando historicamente a evolução dos Direitos Humanos, Habermas⁶⁴, referindo à Declaração de Virgínia, à Declaração de Independência norte-americana de 1776 e à Declaração Francesa de Direitos do Homem e do Cidadão, também aponta no mesmo sentido ao afirmar que:

Não é por acaso, no entanto, que os direitos humanos só assumam uma figuração concreta no contexto das primeiras constituições – justamente como direitos fundamentais garantidos no âmbito de uma ordem jurídica nacional. Contudo, ao que parece eles têm um caráter duplo: como normas constitucionais eles gozam de uma validação positiva, mas como direitos cabíveis a cada ser humano como pessoa também se confere a eles uma validação sobrepositiva.

Concluindo, seria possível fazer uma diferenciação entre direitos humanos e fundamentais, no sentido de que aqueles seriam gênero dos quais estes seriam espécies positivadas no ordenamento jurídico interno dos Estados, enquanto aqueles se situariam no plano internacional, dispondo de um catálogo bem mais amplo, tanto quanto ampliável. Estes fazem parte do texto Constitucional, encontrando-se positivados, constituindo cláusulas pétreas, no sentido de comporem o núcleo imodificável da Constituição Federal, como no caso da Constituição Federal Brasileira de 1988. Tal rol de cláusulas pétreas tem sua ampliação prevista em decorrência da recepção dos Tratados sobre direitos humanos que sejam aprovados pelo Congresso Nacional na forma disposta pela EC 45/2004.

2.5 A DIMENSÃO COSMOPOLITA DOS DIREITOS HUMANOS

Definidos que foram os Direitos Humanos, na qualidade de direitos que se situam na ordem internacional a serem incorporados pela ordem interna dos Estados, observadas a sua universalidade, indivisibilidade, complementaridade e

⁶⁴ HABERMAS, 2007, p. 221.

interdependência, resta configurado que os Direitos Humanos dispõem de uma dimensão cosmopolita, a qual se presta a assegurar a dignidade da pessoa humana em qualquer ponto do planeta, devendo ser observadas as noções de cidadania e hospitalidade universal, garantidas por uma liga internacional de nações conforme já referia Kant em *À Paz Perpétua*, cujo entendimento pode ser adaptado para plena aplicação no tempo presente, quando o atual estágio do desenvolvimento tecnológico viabilizou a comunicação e o deslocamento entre as nações do globo de forma rápida e acessível. A realização de que os Direitos Humanos dispõem de uma dimensão cosmopolita justifica de plano a existência de sistemas internacionais para a sua proteção, tanto em âmbito global quanto regional, dotados de jurisdição supraestatal com a função de atuar de forma complementar e subsidiária com relação à ordem interna dos Estados.

Esta dimensão cosmopolita dos Direitos Humanos fica evidente com o avanço da tecnologia, permitindo a troca instantânea de informações, bem como o deslocamento em curtos espaços de tempo por todo o planeta, que intensificou as relações internacionais. O comércio internacional se tornou uma atividade corriqueira, viabilizada para pequenos, médios e grandes empreendedores.

Nesse cenário, fala-se em mundo globalizado, em que a esfera pública toma dimensões internacionais, constituindo-se no próprio planeta, onde ocorrem todas as interações entre os seres humanos das mais variadas nações, origens, etnias, religiões e modos de vida.

De outro lado, a esfera privada toma conotações de primar pela individualidade e intimidade, permeando, contudo, a esfera pública, eis que em lares de todas as partes do mundo pode-se ter acesso em tempo real a informações dos fatos que estão ocorrendo em todo o planeta, podendo interagir com habitantes de toda a parte do planeta, quer seja por meio de telefonia, *internet*, ou meios outros de comunicação. Ainda, se mostram presentes nas residências produtos comerciais oriundos de todos os cantos do planeta, quer seja de vestuário, alimentação, automobilístico, ou industrial.

A realidade acima exposta revela a grande intersecção da vida pública com a vida privada, contudo, tal cenário enseja a realização da chamada globalização, a qual por se dar de modo hegemônico, de cima para baixo, implica numa perda da especificidade do espaço público e, conseqüentemente, a fragilização do domínio político.

O público não se restringe mais à política, mas também ao desenvolvimento, os regimes estatais capitalistas se preocupam com o direito à propriedade, com a aquisição de bens, visando tão-somente à satisfação da pessoa humana na privada. Uma esfera permeando a outra, tornando quase que invisíveis suas fronteiras, emergindo, deste fenômeno, a esfera social.

As relações internacionais, dentre elas as comerciais, se dão em nível global, em que os diversos componentes de um único produto são produzidos cada qual em diferentes nações para serem montados em outra e comercializados por todo o planeta, demonstrando a enormidade da extensão da esfera pública.

A atividade da ação já não mais se resume ao discurso, ao diálogo, visando à política, pois a própria política é dirigida à satisfação de necessidades antes típicas da esfera privada, revelando a fragilização daquela.

Nesse contexto, o exercício da atividade da ação implica na própria condição de cidadão, revelando-se um direito humano a ser tutelado em nível global, o que justifica uma preocupação com o reconhecimento em nível internacional dos direitos humanos os quais, em decorrência de sua internacionalização, acabam por adquirir uma dimensão cosmopolita.

Não se trata mais de falar que o reconhecimento e efetivação dos direitos se inserem apenas no âmbito dos Estados, mas numa nova perspectiva, toda a comunidade internacional organizada se revela engajada na tutela para a efetivação dos direitos humanos; nesse sentido, há que se falar num novo cosmopolitismo dos direitos humanos, em que a esfera pública toma conotações globais.

Para compreender o que seria cosmopolitismo, interessante, primeiramente, ressaltar a ideia de universal em Kant, conforme já referido anteriormente, quando Kant concebe o universal como sendo uma categoria (conceito) que precede a condição cosmopolita (condição “do ser”) do homem.

Hannah Arendt, na esteira Kant, assevera que o direito cosmopolita estaria limitado a condições de hospitalidade universal⁶⁵, no sentido de que os cidadãos da Terra têm direito de estar em qualquer lugar do planeta e serem recebidos não como inimigos ou estrangeiros, mas como indivíduos universais, colocando todos num mesmo patamar. É nesse viés que Celso Lafer⁶⁶, em estudo dos direitos humanos sob o enfoque arendtiano, leciona:

⁶⁵ KANT, 2008, p. 37.

⁶⁶ LAFER, 1997.

A experiência histórica dos *displaced people* levou Hannah Arendt a concluir que a cidadania é o direito a ter direitos, pois a igualdade em dignidade e direito dos seres humanos não é um dado. É um construído da convivência coletiva, que requer o acesso a um espaço público comum. Em resumo, é esse acesso ao espaço público – o direito de pertencer a uma comunidade política – que permite a construção de um mundo comum através do processo de asserção dos direitos humanos.

A construção de um mundo comum, baseado no direito de todo ser humano à hospitalidade universal (Kant) e contestado na prática pelos refugiados, pelos apátridas, pelos deslocados, pelos campos de concentração, só começaria a ser tornada viável – como aponta inicialmente Hannah Arendt em *The rights of men. What are they?* (1949) e desenvolve depois em *The origins of totalitarianism* – se o direito a ter direitos tivesse uma tutela internacional, homologadora do ponto de vista da humanidade. Nas palavras de Hannah Arendt, no fecho deste artigo de 1949: "This human right, like all other rights can exist only through mutual agreement and guarantee. Transcending the rights of the citizen – being the right of men to citizenship – this right is the only one that can and can only be guaranteed by the community of nations". Em síntese, para usar uma linguagem contemporânea, à medida em que o direito a ter direitos se convertesse num tema global, de governança da ordem mundial, a transcender as soberanias, ex vi da inserção operativa de uma razão abrangente da humanidade.

As conseqüências e a atualidade da conclusão arendtiana foram reconhecidas pelo Direito Internacional Público contemporâneo, o qual passou a considerar a nacionalidade como um direito humano fundamental, além de buscar substituir as insuficiências do mecanismo de proteção diplomática pelas garantias coletivas, confiadas a todos os Estados-partes nas Convenções Internacionais dos Direitos Humanos.

Norberto Bobbio⁶⁷ aponta a existência de um processo de internacionalização dos direitos, o qual se mostra imprescindível para a busca da "paz perpétua" e da "cidadania universal" referida por Kant, propondo referir a esta nova fase do direito internacional de direito cosmopolita:

Naquele luminoso opúsculo que é *A paz perpétua*, Kant traça as linhas de um direito que vai além do direito público interno e do direito público externo, chamando-o de "direito cosmopolita". É o direito do futuro, que deveria regular não mais o direito entre Estados e súditos, não mais aquele entre os Estados particulares, mas o direito entre os cidadãos dos diversos Estados entre si, um direito que, para Kant, não é "uma representação fantástica de mentes exaltadas", mas uma das condições necessárias para a busca da paz perpétua, numa épica da história em que "a violação do direito ocorrida num ponto da Terra é percebida em todos os outros pontos".

Ao tratar da noção de paz perpétua, Hannah Arendt, referida por Celso Lafer⁶⁸, também se apropria das noções Kantianas:

⁶⁷ BOBBIO, 2004, p. 117.

⁶⁸ LAFER, 1997, p. 55-65.

Este é um ingrediente básico das conclusões de Hannah Arendt no seu livro sobre o processo Eichmann. O crime de genocídio, administrado por Eichmann e perpetrado no corpo do povo judeu, é um crime contra a humanidade porque é uma recusa frontal da diversidade e da pluralidade – características da condição humana na proposta arendtiana de um mundo plural. A fundamentação da repressão ao genocídio na visão arendtiana baseia-se, assim, na sua análise da condição humana in *The human condition* e nos princípios kantianos, por ela esposados nas suas *Lectures on Kant's political philosophy*, da hospitalidade universal e da confiança recíproca, articulados no Projeto de paz perpétua. A hospitalidade universal vem a ser um princípio de jus cogens de ordem internacional, pois o fato de o genocídio ter ocorrido é um precedente que ameaça a ordem pública internacional. Nenhum povo da terra pode se sentir razoavelmente seguro de sua existência e sobrevivência e, portanto, à vontade e em casa no mundo, na medida que se admite o genocídio como uma possibilidade futura, pois esta possibilidade compromete o também kantiano princípio da confiança recíproca.

Diante desta nova e atual perspectiva dos direitos humanos e sua internacionalização, surge uma nova modalidade de cosmopolitismo em matéria destes direitos. O fenômeno da globalização fez emergir uma série de novos atores, que influenciam positiva ou negativamente na ordem Mundial, de modo que os Estados elaboram políticas tendo em conta esta nova realidade; o poderio de alguns destes novos atores pode diretamente influenciar nos rumos dos próprios Estados nos quais aqueles estão a atuar, demonstrando a emergência da esfera pública para nível mundial e, as consequências da atividade da ação, que pode condicionar os rumos de toda a humanidade.

Importante ressaltar a posição de Habermas⁶⁹, o qual sustenta que a visão de cosmopolitismo proposta por Kant deve sofrer uma revisão para atender a nova situação mundial, que se modificou por completo. Aduz que nesta revisão deve ser levada em conta a soberania interna e externa dos Estados, a estratificação da sociedade mundial e a globalização dos riscos, a partir de uma conceituação modificada do que se entende por “paz”.

João Arriscado Nunes⁷⁰ discorre acerca de como estaria a se formar este chamado novo cosmopolitismo, e quais seriam seus atores, aduzindo que eles estariam a desenvolver um papel tão importante quanto o dos Estados na promoção e defesa dos direitos humanos:

É importante, por outro lado, não perder de vista que a promoção e a defesa dos direitos humanos se tem vindo a tornar num dos principais

⁶⁹ HABERMAS, 2007, p. 207-208.

⁷⁰ NUNES, 2004, p. 18-19.

aglutinadores de uma vasta rede de movimentos sociais e de Organizações Não-Governamentais que, à escala global, estão a redesenhar os conceitos de cidadania e de justiça numa perspectiva cosmopolita. As recentes mobilizações pela paz são, de facto, impulsionadas por uma afirmação comum de um dos direitos mais fundamentais, o direito à vida. As múltiplas intervenções e acções de ONGs e de diferentes movimentos contra a pena de morte, pela eliminação de armas que matam, sobretudo, civis, pelo combate que afectam uma grande parte da população mundial, pelos direitos reprodutivos, pela defesa do ambiente e pela denúncia das formas mais diversas de opressão e de discriminação dão expressão à vontade de defender a dignidade humana em todas as partes do mundo. Estas são forças que protagonizam um novo cosmopolitismo. A sua importância é tanto maior quanto a efectiva capacidade do Estado-nação de garantir e proteger direitos humanos se revela, na era da globalização hegemônica, crescentemente e problemática.

Vê-se, pois, a enormidade da dimensão dos direitos humanos, ao ponto de organizações paralelas, não governamentais, estarem tomando as rédeas no intuito de promover sua efetivação, agindo em parceria, ou de forma paralela com as Nações no sentido de viabilizar o exercício daqueles direitos, revelando o grande movimento de ações na esfera pública, preocupadas com a tutela de direitos humanos que também dizem respeito à esfera privada.

Boaventura de Souza Santos⁷¹ vai além do conceito acima proposto quando dispõe acerca do cosmopolitismo disciplinando-o como uma das soluções contra o fenómeno da globalização hegemônica, na medida em que se constituiria numa espécie de “solidariedade transnacional” entre grupos explorados, oprimidos ou excluídos em decorrência de serem vítimas daquela modalidade de globalização, assim é que o autor define o cosmopolitismo como:

(...) um conjunto muito vasto e heterogêneo de iniciativas, movimentos e organizações que partilham a luta contra a exclusão e a discriminação sociais e a destruição ambiental produzidas pelos localismos globalizados e pelos globalismos localizados, recorrendo a articulações transnacionais possíveis pela revolução das tecnologias de informação e comunicação. As actividades cosmopolitas incluem, entre outras, diálogos e articulações Sul-Sul; novas formas de intercâmbio operário; redes transnacionais de lutas ecológicas, pelos direitos da mulher, pelos direitos dos povos indígenas, pelos direitos humanos em geral; serviços jurídicos alternativos de carácter transnacional; solidariedade anti-capitalista entre o Norte e o Sul; organizações de desenvolvimento alternativo e em luta contra o regime hegemônico da propriedade intelectual que desqualifica os saberes tradicionais e destrói a biodiversidade.

Boaventura de Souza Santos assevera que não faz uso do cosmopolitismo em seu sentido tradicional, na medida em que:

⁷¹ SANTOS, 2004, p. 248-249.

Na modernidade ocidental, cosmopolitismo está associado as ideias de universalismo desenraizado, individualismo, cidadania mundial e negação de fronteiras territoriais ou culturais. Estas ideias têm uma longa tradição no Ocidente e aparecem expressas de várias formas no “direito cósmico” de Pitágoras, na *philalleia* de Demócrito, na ideia medieval de *res publica christiana*, no conceito renascentista de “humanitas”, no dito de Voltaire de que “para sermos bons patriotas necessitamso de ser inimigos do resto do mundo” e, finalmente, no novo internacionalismo operário, socialista ou comunista do início do século XX.

O cosmopolitismo que defendo é o cosmopolitismo do subalterno em luta contra a sua subalternização.

Nota-se uma grande movimentação da comunidade internacional em se organizar visando a colimar a concretização dos Direitos Humanos. Com diferença de alguns aspectos, vê-se que o cosmopolitismo se define por este movimento de organização em nível internacional. A preocupação maior, neste momento, é a de garantir meios que se prestem a efetivação dos chamados Direitos Humanos, havendo preocupação específica no tocante ao Direito Humano ao Desenvolvimento, tal qual leciona Cláudia Perrone-Moisés⁷²:

Como se sabe, as questões relacionadas ao desenvolvimento levaram desafios para a comunidade internacional em seu conjunto. É unânime o entendimento tanto da doutrina acerca da matéria como da prática das Nações Unidas, que se trata de uma questão a ser enfrentada por intermédio da solidariedade internacional. Fala-se hoje do desenvolvimento como objeto de um contrato a ser celebrado entre os Estados e outros atores envolvidos. O modelo utilizado é o *partnership* que, como comenta Yves Daudet, é uma fórmula flexível de contrato, oriunda do direito anglo-saxão e que, podendo adotar forma, não necessita de procedimento especial. Segundo o mesmo autor, tal modelo de parceria para o desenvolvimento pode responder às necessidades relativas à colaboração entre os diversos atores do desenvolvimento social. O Estado, em seu papel no desenvolvimento, passando este a ser desempenhado também por ONGs, sociedades privadas, sindicatos e outros grupos.

(...)

Como observa Jurgen Habermas, para que esse “direito cosmopolita”, que encontra seu fundamento legal nos direitos do homem, se torne realidade, é necessário que os indivíduos, como titulares desses direitos, possam ver garantida sua implementação. Isso depende, a seu turno, da institucionalização do “direito cosmopolita”, no sentido de obrigar os Estados à sua observância, e do reconhecimento dos indivíduos, definitivamente, como sujeitos do direito internacional.

A interdependência crescente da “sociedade mundial” apresenta, como é sabido, aspectos positivos, como é o caso da globalização dos valores contidos na Declaração Universal dos Direitos do Homem e da consciência da necessidade de soluções globais para problemas como o do desenvolvimento, do meio ambiente e da proteção dos direitos humanos; mas, também tem reflexos negativos, como o aumento das diferenças entre ricos e pobres, tanto no plano interno dos Estados como no plano

⁷² PERRONE-MOISÉS, 1999, p. 194-196.

internacional. Nessas condições, acreditar na realização do direito ao desenvolvimento e no estabelecimento de um direito cosmopolita, que assegure ao ser humano a proteção de seus direitos como cidadão do mundo, pode parecer uma ilusão.

Contudo, se partirmos da melhor das hipóteses, que, para Habermas, consiste em considerar que estamos num período de transição entre o direito internacional e o direito cosmopolita, a reafirmação do valor da Declaração Universal dos Direitos do Homem, bem como seus desdobramentos, e do direito ao desenvolvimento como síntese desses direitos, torna-se fundamental para acelerar o estabelecimento de uma nova ordem internacional. Esta, fundada em direitos humanos plenamente reconhecidos e protegidos, constituindo uma verdadeira “sociedade mundial cosmopolita”, pode transformar, pouco a pouco, o estado da natureza, em que se encontram os Estados, em estado de direito.

Assumir o Direito ao Desenvolvimento como Direito Humano numa dimensão cosmopolita seria a resposta para a promoção de forma efetiva do desenvolvimento dos povos, não por outro motivo que se revela pertinente a conclusão de Ignacy Sachs⁷³ ao afirmar que:

A Declaração e o Programa de ação de Viena, adotados pela Conferência Mundial sobre os Direitos Humanos, propõem, no parágrafo 98, no sentido de reforçar o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais, a efetivação de um sistema de indicadores para avaliar o progresso na realização dos direitos enunciados no Pacto internacional.

Permaneço cético quanto a essa proposta, caso se trate de indicadores quantitativos e sintéticos, como é o exemplo do indicador do desenvolvimento humano. Em contrapartida, creio que a análise do desenvolvimento, como apropriação dos direitos humanos, poderia dar lugar à elaboração de um *relatório sobre a condição humana*, de riqueza considerável e utilidade certa para a formulação das políticas públicas de desenvolvimento, centradas sobre a promoção das quatro gerações dos direitos humanos.

Seria necessária, depois de escolhida a lista dos direitos em questão, pesquisar, país por país, o estado de apropriação efetiva de cada direito, distinguindo-se a situação das diferentes categorias sociais.

A empreitada pode parecer ambiciosa. Ela está na exata medida do desafio e é inteiramente viável, desde que se mobilizem as organizações comunitárias do terceiro setor, que trabalham nos diferentes campos cobertos por tal relatório. Ela se presta, além disso, à realização por módulos, caso a operação deva se escalonar em vários anos ou se tornar permanente. Nesse caso, bastaria escolher, cada ano, um número limitado de direitos, ou ainda restringir o alcance geográfico do estudo a determinada região, privilegiar ora as populações urbanas, ora as rurais, fazendo-se os recortes em função dos meios.

O cosmopolitismo propõe, reconhecido pluralismo cultural, a defesa dos direitos humanos no plano internacional, a qual deve se dar por meio da atuação de vários atores, estatais e não estatais. Esta nova modalidade de cosmopolitismo, aliado aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos configuram

⁷³ SACHS, 1998, p. 149-156.

uma tendência para a tutela, garantia e efetivação de tais direitos, assegurando processos de globalização de baixo para cima que garantam um desenvolvimento sadio, efetivo e sustentável.

No cenário do mundo globalizado, resta evidente a internacionalização da esfera pública, implicando que a atividade da ação toma conotações globais, fazendo com que tal atividade esteja atrelada ao conceito de cidadania, a qual já não é mais local, mas sim universal, justificando, desta feita, entender que o direito à atividade da ação é também um direito humano e, que dado seu exercício em plano internacional, inclusive, falar-se na dimensão cosmopolita dos direitos humanos, com a participação de vários atores, estatais e não estatais, ou seja, públicos e privados, engajados por meio dos mais diversos meios na enunciação, tutela, garantia e efetivação de tais direitos.

2.6 A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E O DEBATE ENTRE UNIVERSALISMO E RELATIVISMO

Uma das grandes questões que vem à tona quando se fala em direitos humanos é debate entre as correntes universalista e relativista. Para que se possam imaginar sistemas internacionais de proteção dos Direitos Humanos, dotados de competência jurisdicional supraestatal, inclusive, necessário que os Estados tenham por reconhecido o catálogo de Direitos Humanos a ser tutelado pelo aludido sistema, sob pena de que, em não havendo uma uniformidade de entendimentos, não haja adesão ao sistema e, conseqüentemente, não se consiga elaborar mecanismos que se prestem a enunciar, proteger, garantir e efetivar os Direitos Humanos.

Entretanto, deve-se ater à realidade de que a despeito da grande liga de nações imaginadas por Kant, os diversos povos do planeta compõem grupos diversos, os quais guardam noções culturais diferentes, algumas uniformes, outras, completamente diferentes e, muitas vezes em desacordo com o que já se enunciou a título de Direitos Humanos em Declarações, Convenções, Protocolos, etc.

Por óbvio, em se tratando os direitos humanos não de um dado, mas sim de um construído o qual veio se afirmando ao longo dos tempos, é mais do que natural que as diversas culturas existentes no globo acabem por enunciar seus próprios

catálogos de direitos, conferindo aos direitos humanos maior ou menor importância neste catálogo, de acordo com a valoração desta categoria de direitos conferida pelas mais variadas culturas.

Desta variedade de culturas, surgem diferenças gritantes, em que algumas se alinham em muitos ou alguns aspectos com outras e, algumas não conseguem estabelecer laços com as demais. Inevitável, pois, o surgimento de questionamentos acerca de qual ou quais meios de vida seriam os corretos, adequados.

Tal debate vai a fundo questionando os regimes jurídicos das diferentes nações, prestando-se ora a afirmar a legitimidade dos Direitos Humanos, os quais merecem um catálogo universal, ora, assumindo que a noção de Direitos Humanos constitui uma forma de imperialismo cultural. Como resultado deste questionamento surgem várias linhas de argumentação, merecendo destaque duas correntes, quais sejam a universalista e a relativista.

Para os universalistas, em síntese, há valores universais que se prestam a assegurar a dignidade humana; estes valores compõem um catálogo de direitos humanos que deve ser observado por todos os povos, eis que a inobservância de um ou outro direito constante daquele se revelaria danoso para a efetivação da dignidade humana.

Deste modo, para os universalistas, o ordenamento jurídico nacional, bem como determinadas tendências de culturas peculiares, devem ceder em favor dos direitos humanos; nesse sentido, a soberania e a independência Estatal devem ser relativizadas para que seja atendido este catálogo de direitos humanos.

É bem verdade que há várias correntes de universalismo, desde o forte ao universalismo fraco, em que há uma revisão destes conceitos, para maior ou para menor incidência dele; tais correntes serão objeto de estudo em tópico.

Em se tratando de relativismo, esta corrente se contrapõe ao universalismo ao principal argumento de que esta corrente seria criação ocidental, a qual, aliada a um procedimento de globalização perversa estaria a impor um modo de vida, baseado em uma única cultura, em desprestígio das peculiaridades das culturas locais e regionais, deixando de levar em conta a soberania e o ordenamento jurídico interno das Nações, que refletiriam seus próprios e peculiares valores.

No debate entre universalismo e relativismo, Mbaya⁷⁴ aduz que os direitos humanos estariam situados no plano da ideologia, contudo assevera que as ideologias podem se prestar a executar um golpe de fraqueza eficaz que decretaria de modo absoluto o que seria verdadeiro e falso:

Não é a elas, portanto, que podemos nos referir para defender o direito dos outros; são *de per se* totalitárias, tendo necessidade de sistemas fechados. Nesse sentido, a defesa ideológica dos direitos humanos não é apenas ineficaz, é perigosa, já que reduz ao prosélito e à opinião preconcebida o que pertence à consciência universal. A neutralidade só é um valor positivo quando se torna condição necessária e ativa para um engajamento irrestrito, já que situado no nível do direito.

Se é preciso deixar de lado as ideologias, fica difícil apelar aos Estados: eles mesmos são, o mais das vezes, prisioneiros de seu próprio aparelho de razões, das quais a *razão d'Estado* não é nem de longe a mais razoável. A ideologia é um particularismo guindado à condição de absoluto; a cultura particular de um povo, ao contrário, é uma sensibilidade comum e relativa que se abre para as questões universais.

Portanto, é no nível da diversidade das consciências populares que podemos buscar o princípio efetivo de uma solidariedade internacional. É no aprofundamento das diversas experiências vividas em meio ao mundo que encontraremos as expressões da necessidade universal de criar o Homem livre e solidário.

Do século XVII ao XX, todas as declarações dos direitos do homem proclamam os seguintes direitos imprescritíveis: a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

Não obstante os argumentos de ambas as correntes, Flávia Piovesan⁷⁵ faz menção ao conceito de mínimo ético irreduzível, ao tentar procurar um valor equilibrado entre as duas correntes:

Para os universalistas, os direitos humanos decorrem da dignidade humana, enquanto valor intrínseco à condição humana. Defende-se, nesta perspectiva, o mínimo ético irreduzível – ainda que possa se discutir o alcance deste “mínimo ético”.

Para os relativistas, a noção de direitos está estritamente relacionada ao sistema político, econômico, cultural, social e moral vigente em determinada sociedade. Cada cultura possui seu próprio discurso acerca dos direitos fundamentais, que está relacionado às específicas circunstâncias culturais e históricas de cada sociedade. Não há moral universal, já que a história do mundo é a história de uma pluralidade de culturas. Há uma pluralidade de culturas no mundo, e estas culturas produzem seus próprios valores.

De fato, há argumentos de ambos os lados, os universalistas aduzem que os relativistas se valem de seus argumentos para promover uma escusa que lhes permitiria a violação de direitos humanos; conquanto, haveria a necessidade da

⁷⁴ MBAYA, 1997, p. 17-41.

⁷⁵ PIOVESAN, 2006a, p. 22.

aceitação de um catálogo mínimo de direitos humanos, aqueles mais básicos, porém, mais importantes, a serem observados por todos os Estados, configurando um mínimo ético irreduzível. Já os relativistas afirmam que o universalismo seria criação ocidental e, que esta corrente se prestaria a impor os valores ocidentais ao oriente, conforme relata Amartya Sen⁷⁶:

Authoritarian lines of reasoning in Asia – and more generally in non-Western societies – often receive indirect backing from modes of thought in the West itself. There is clearly a tendency in America and Europe to assume, if only implicitly, the primacy of political freedom and democracy as a fundamental and ancient feature of Western culture – one not to be easily found in Asia. It is, as it were, a contrast between the authoritarianism allegedly implicit in, say, Confucianism vis-à-vis the respect for individual liberty and autonomy allegedly deeply rooted in Western liberal culture. Western promoters of a personal and political liberty in the non-Western world often see this as bringing Occidental values to Asia and Africa. The world is invited to join the club of “Western democracy” and to admire and endorse traditional “Western values”.

A questão é relevante, veja que Ignacy Sachs⁷⁷ aponta a influência do debate entre universalistas e relativistas no direito ao desenvolvimento:

Às vezes, a universalidade dos direitos humanos é contestada em nome da diferença cultural dos países asiáticos. Tratar-se-ia de uma projeção legítima dos conceitos eurocêntricos sobre civilizações que possuem seus próprios valores. Ainda que eu possa ser sensível aos perigos do eurocentrismo, não me parece que tal objeção seja pertinente, sobretudo porque serve frequentemente para mascarar os ataques ao Estado de direito. Como já referido, a própria ideia da ONU repousa sobre a universalidade dos direitos humanos enquanto norma última de qualquer política. Ao mesmo tempo, é preciso reconhecer que eles são direitos em movimento e, além disso, que cada cultura possui sua maneira particular de formular as grandes perguntas suscitadas por sua aplicação. A construção de um direito comum da humanidade, como sublinha, com justa razão, Mireille Delmas-Marty, pode conviver com um pluralismo jurídico harmonizado.

É de se notar que com relação ao direito ao desenvolvimento, a questão envolvendo universalistas e relativistas toma grande conotação em decorrência do fenômeno da globalização, inclusive.

No passado, comunidades inteiras viviam isoladas, o acesso a tais comunidades era difícil, demorado, caro. Não havia troca de informações, não se tinha conhecimento desta ou daquela cultura. Ao longo dos anos, o comércio foi

⁷⁶ SEM, 2000, p. 232-233.

⁷⁷ SACHS, 1998, p. 149-156.

rompendo fronteiras e diversas nações passaram a se relacionar, contudo, os meios de transportes limitados, bem assim os meios de comunicação ainda não permitiam o intercâmbio cultural entre os povos das diversas nações, ou se permitiam, limitavam apenas a determinadas classes sociais, dado o alto custo, o que implicava em exclusividade do acesso à informação.

Dado o desenvolvimento tecnológico, o tráfego de informação passou a ser praticamente instantâneo. Em virtude da democratização dos meios de comunicação e informação, vários grupos sociais passam a ter acesso à informação e esse fenômeno acaba por produzir uma via de mão dupla, na qual não somente há o acesso à informação, mas uma verdadeira troca de dados. Tais grupos se tornam verdadeiros fornecedores de informação.

Os usos e costumes peculiares dos mais variados povos e de uma enorme gama de nações agora são divulgados e compartilhados, de modo a que se encontra viabilizado o acesso à cultura destes povos.

O planeta passa a ser um grande espaço público, globalizado, cosmopolita, em que o intercâmbio e o tráfego de pessoas e de dados é uma constante, acontecendo minuto a minuto, permitindo comparações entre os mais diversos modos de vidas e induzindo a reflexões acerca deles.

É bem nesse sentido interessante colacionar os comentários acerca do fenômeno da globalização, em que Boaventura de Souza Santos propõe uma definição para ela:

Proponho, pois, a seguinte definição: a globalização é o processo pelo qual determinada condição ou entidade local estende a sua influência a todo o globo e, ao fazê-lo desenvolve a capacidade de designar como local outra condição social ou entidade rival.

O autor citado supra, disciplina a existência de duas formas de globalização:

A primeira forma de globalização é o localismo globalizado. Consiste no processo pelo qual determinado fenômeno local é globalizado com sucesso, seja a actividade mundial das multinacionais, a transformação da língua inglesa em *língua franca*, a globalização do *fast food* americano ou da sua música popular, ou a adopção mundial das leis de propriedade intelectual ou de telecomunicação dos EUA.

À segunda forma de globalização chamo de *globalismo localizado*. Consiste no impacto específico de práticas e imperativos transnacionais nas condições locais, as quais são, por essa via, desestruturadas e reestruturadas de modo a responder a esses imperativos transnacionais.

Localismos globalizados e globalismos localizados são a globalização de cima-para-baixo, neoliberal ou hegemônica; cosmopolitismo e patrimônio comum da humanidade são a globalização de baixo-para-cima, solidária ou contra-hegemônica.

Conclui Boaventura de Souza Santos⁷⁸ que:

Na modernidade ocidental, a escala dominante aparece sob duas formas principais, o universalismo e o global. O universalismo é a escala das entidades ou realidades que vigoram independentemente de contextos específicos. Têm, por isso, precedência sobre todas as outras realidades que dependem de contextos e que por essa razão são consideradas particulares ou vernáculas. A globalização é a escala que nos últimos vinte anos adquiriu uma importância sem precedentes nos mais diversos campos sociais. Trata-se da escala que privilegia as entidades ou realidades que alargam o seu âmbito a todo o globo e que, ao fazê-lo, adquirem a prerrogativa de designar entidades ou realidades rivais como locais. No âmbito desta lógica, a não-existência é produzida do particular e do local. As entidades ou realidades definidas como particulares ou locais estão aprisionadas em escala que as incapacitam de serem alternativas credíveis ao que existe de modo universal ou global.

Esta faceta da globalização levou tais povos à reflexão acerca dos diversos modos de vida, demonstrando grandes diferenças de costume existente entre os povos dos mais variados Estados. Notadamente, as diferenças culturais entre ocidente e oriente, levantaram a questão acerca de qual meio de vida seria o mais adequado.

Não apenas no âmbito econômico, mas até mesmo em se tratando de educação, o debate entre universalismo e relativismo também ganha terreno, promovendo a reflexão de educadores como se vê das palavras de Jean-Claude Forquin⁷⁹:

A controvérsia relativismo *versus* universalismo constitui hoje uma oposição profundamente estabelecida no discurso da educação e da cultura. Poderíamos até discutir no plano lógico e no plano semântico para saber se realmente se trata de dois opostos. Rigorosamente, o universal opõe-se ao particular mais que ao relativo, sendo o absoluto o contrário do relativo. Mas as palavras possuem diversos sentidos na linguagem do senso comum, e é em relação a um contexto, a uma problemática socialmente reconhecida, em um dado momento, que sua pertinência se estabelece. No contexto do debate sobre a educação que se desenvolve atualmente na França e em muitos outros países, em que a questão do multiculturalismo ocupa um lugar cada vez maior, a oposição entre universalismo e relativismo é compreendida, predominantemente, como a pergunta sobre o modo pelo qual os sistemas de educação podem levar em conta o pluralismo das culturas. Essa questão aparece, por exemplo, em um texto que marcou uma etapa

⁷⁸ SANTOS, 2003.

⁷⁹ FORQUIN, 2000, p. 47-70.

importante no desenvolvimento recente da reflexão e da discussão sobre os programas escolares na França.

Numa outra escala de discussão, verificou-se que há práticas em determinadas culturas orientais que, não obstante estarem consolidadas no seio de seu povo, bem como de seu ordenamento jurídico interno, revelaram-se absurdas para os ocidentais. Bem assim certos costumes ocidentais se revelam absurdos para certos povos orientais.

Tome-se, por exemplo, a adoção da prática da clitorectomia e mutilação feminina por muitas sociedades da cultura não ocidental, em que não se mostra razoável nem tampouco compatível com qualquer ideia de dignidade humana a conformação com tal prática. Contudo, em decorrência deste costume fazer constar da cultura de determinadas sociedades orientais, à luz de uma corrente relativista extrema, este ato violência, sob a ótica daquelas, estaria absurdamente legitimado.

Não obstante, tendo em conta o exemplo anterior, vale remeter à introdução de um artigo publicado por Raimundo Panikkar⁸⁰:

Povo nenhum, não importa o quão moderno ou tradicional, tem o monopólio da verdade! Povo nenhum, não importa o quão civilizado ou natural (seja ele ocidental, oriental, africano, indiano) pode, por si só, definir a natureza da vida adequada ao conjunto da humanidade. Além disso, esses povos são incapazes de fazê-lo, ainda que conjuntamente, pois a realidade, em última análise, não pode ser definida ou compreendida, não pode ser reduzida ao nosso conhecimento e à práxis que desenvolvemos a partir dela.

O debate é complexo e, somente por meio da diferenciação mais específica entre as duas correntes e suas respectivas subdivisões, talvez se mostre possível imaginar uma posição de equilíbrio, de modo a privilegiar os direitos humanos sem, contudo, aniquilar a diversidade cultural típica de um mundo plural.

2.6.1 O relativismo

O pluralismo cultural reclama uma interpretação peculiar daquilo que poderia ser compreendido como direitos humanos. A existência de várias culturas no

⁸⁰ PANIKKAR, 2004.

planeta, as quais guardam usos e costumes próprios, com conceitos únicos de moral, religião e comportamento, revela que não é tão fácil enunciar e tutelar direitos humanos no plano internacional.

Essa realidade leva estudiosos a defender uma corrente de pensamento que é conhecida por relativismo, no sentido de que o conceito de direitos humanos deve ser relativizado, de modo a atender aquilo que se tem por tais direitos em cada sociedade, de acordo com seus próprios e peculiares entendimentos.

Segundo Vicente de Paulo Barreto⁸¹, no pensamento social e filosófico contemporâneo encontram-se três tipos de relativismo, os quais se prestariam à constatação dos direitos humanos como universais, quais sejam:

(...) o relativismo antropológico, o relativismo epistemológico e o relativismo cultural. Este último sustenta o argumento aceitável de que as particularidades culturais exercem um valor determinante na forma sob a qual os valores, assegurados pelos direitos humanos, irão formalizar-se. O segundo tipo afirma a impossibilidade de se produzir um discurso ético e, portanto, dotado de características universais, que seja transcultural. A fonte dos três tipos encontra-se na pesquisa antropológica, que confirma o fato da diversidade cultural, fato este facilmente reconhecível. Por esta razão, a argumentação construída sobre dados empíricos, fornecidos pela antropologia, merece um destaque especial na análise do tema.

(...)

(...) a leitura antropológica dos direitos humanos não consegue privilegiar na evidência empírica a possível existência de valores humanos universais, pois essas encontram-se cobertas pelas diferentes manifestações culturais. Na verdade, essas manifestações culturais expressam de forma diferente o mesmo conjunto mínimo de valores humanos, encontrados em diferentes sociedades. Verificamos, assim, que não se encontra uma mesma resposta sobre a natureza dos direitos humanos, quando ficamos, prisioneiros da experiência cultural e particular de cada povo. Trata-se de uma questão que deverá ser solucionada no plano propriamente da reflexão filosófica e não no terreno da pesquisa social empírica, onde casos particulares *per se* não confirmam, nem desmentem, a possibilidade ou não de valores e normas.

Jack Donnelly, citado por Flávia Piovesan⁸², também dispõe acerca da existência de várias correntes relativistas:

No extremo, há o que nós denominamos de relativismo cultural radical, que conhece a cultura como única fonte de validade de um direito ou regra moral (...) Um forte relativismo cultural acredita que a cultura é a principal fonte de validade de um direito ou regra moral. (...) Um relativismo cultural fraco, por sua vez, sustenta que a cultura pode ser importante fonte de validade de um direito ou regra moral.

⁸¹ BARRETO, 2004, p. 285-288.

⁸² PIOVESAN, 2006b, p. 17.

Raimundo Panikkar⁸³ aponta para a relativização radical, a qual atribui o seguinte sentido:

(...) para recuperar o sentido da vida que cada cultura e cada religião reduzem a si próprias, para libertar a realidade do nosso conhecimento e dessa práxis, deve-se percorrer o caminho desse conhecimento e dessa práxis, ou seja, *através deles*, por meio de uma *relativização radical*. Teoria e práxis não podem ser evitadas, pois são dimensões constitutivas da realidade, sem que a representem como um todo. É essa relativização radical que esperamos conseguir desenvolver aqui, em relação à nossa experiência com os Direitos Humanos. Chamamo-la de abordagem multicultural do tema.

Verifica-se, também, a existência de um relativismo ético, o qual poderia ser tido também como uma espécie de relativismo radical, na medida em que aquela tese filosófica versa sobre o alcance da validade de juízos morais, conforme referido por Karine Finn⁸⁴ ao discorrer acerca da crítica relativista de Dussel e a abertura ao universalismo sóbrio de Wolfgang Kersting:

Com os olhos voltados na proximidade, Dussel pensava na aceitação do outro como outro, numa relação aberta e “face a face”. É notada em suas palavras a presença do relativismo cultural, mas que não significa um relativismo ético porque ele não exclui a moralidade como uma forma de entendimento transcultural.

Diferentemente, o relativista ético faria a seguinte pergunta: “*Por que, afinal, a moral precisa aspirar ao universalismo das ciências naturais em termos de validade? Acaso a humanidade sofre algum prejuízo se permanecer na pluralidade de noções morais e não colocar uma abóboda universalista sobre o multiculturalismo existente? Será que não é hora do relativismo?*”

Como crítica ao relativismo, Christoph Eberhard⁸⁵ assevera que tal posição não remete à condição humana, que é comum a todos; nesse sentido, o relativismo ao se propor o culto às diferenças acaba por não referir às necessidades humanas comuns:

O problema da posição relativista é o fato de que ela absolutiza diferenças e se esquece completamente de nossa natureza e condição humanas comuns. Está tão profundamente enraizada em “nossas diferenças”, que só consegue enxergar essas “diferenças”, esquecendo-se completamente de “nossas”. A posição relativista tanto enfatiza as diferentes perspectivas que se esquece do horizonte comum, o que acaba por tornar impossível alcançar qualquer tipo de universalidade. Cada cultura tem seus próprios valores, concepções e visão de mundo, que não podem ser desafiados nem

⁸³ PANIKKAR, 2004.

⁸⁴ FINN, 2006, p. 44.

⁸⁵ EBERHARD, 2004, p. 165-166.

compreendidos, ou mesmo questionados por outras culturas. O quadro é o de um “outro” fundamental, com o qual nenhum diálogo é concebível, nenhum enriquecimento mútuo é possível. O melhor que se pode esperara é meramente uma coexistência mais ou menos harmoniosa, mas nenhuma convivência real, nenhuma compreensão mútua, nenhum compartilhamento, nenhuma construção de um futuro parece possível. Tal posição relativista pode levar a uma imposição dos valores de uns sobre outros (aproximando-se muito do universalismo descrito anteriormente) ou, no caso de reconhecimento de um direito absoluto à diferença, pode levar, nas palavras de Abou (1992, 34-35) a um “direito ao confinamento” ou mesmo a um “direito à opressão” ou a um “direito à morte”.

Seguindo a crítica ao relativismo, Boaventura de Sousa Santos⁸⁶ assinala que:

Contra o relativismo, há que desenvolver critérios que permitam distinguir uma política progressista de uma política conservadora de direitos humanos, uma política de capacitação de uma política de desarme, uma política emancipatória de uma política regulatória. Na medida em que o debate desencadeado pelos direitos humanos pode evoluir para um diálogo competitivo entre culturas diferentes sobre os princípios de dignidade humana, é imperioso que tal competição induza as coligações transnacionais a lutar por valores ou exigência máximos, e não por valores ou exigências mínimos (quais são os critérios verdadeiramente mínimos? Os direitos humanos fundamentais? Os menores denominadores comuns?). A advertência freqüentemente ouvida contra os inconvenientes de sobrecarregar a política de direitos humanos com novos direitos ou com concepções mais exigentes de direitos humanos (Donnelly, 1989: 109-24) é uma manifestação tardia da resolução do potencial emancipatório da modernidade ocidental à emancipação de baixa intensidade possibilitada ou tolerada pelo capitalismo mundial. Por outras palavras, direitos humanos de baixa intensidade como o correlato da democracia de baixa intensidade.

Outra crítica ao relativismo seria no sentido de que ele mesmo é hegemônico, as forças dominantes de uma cultura impõem de cima para baixo seus dogmas dentro de seus domínios. Apesar dos relativistas chamarem o universalismo de imperialismo cultural, Álvaro de Vita⁸⁷ chama a atenção que em caso de violações de Direitos Humanos, dificilmente as vítimas atribuem este fato como correto, a despeito de tal violação encontrar conformidade com o comportamento comum em seu país:

No caso de violações a direitos humanos básicos, é muito pouco provável que somente se tornem objeto de controvérsia moral e política mediante a intervenção de uma linguagem externa aos padrões morais locais. Como argumenta Thomas Scanlon, o mais provável é que as opiniões sobre isso já estejam divididas internamente *antes*, isto é, antes que o “imperialismo cultural” imputado à linguagem dos direitos humanos entre em cena:

⁸⁶ SANTOS, 2004.

⁸⁷ VITA, 2008, p. 207.

Como em diversas formas de relativismo, esse argumento [o de que direitos humanos têm um lugar especial em nossa tradição mas não na deles] se apóia na atribuição a “eles” de uma unanimidade que de fato não existe. Afirma-se que “eles” são diferentes de nós e que vivem de acordo com normas distintas. Dificilmente esses estereótipos são exatos, e a atribuição de unanimidade é particularmente implausível no caso de violações aos direitos humanos. Essas ações têm vítimas que em geral se ressentem do que lhes é feito e dificilmente admitiriam que, em virtude de ser esse comportamento comum em seu país, seus flageladores pudessem estar agindo de uma forma apropriada.

Não obstante a posição dos relativistas e seus argumentos, são verificadas falhas nesta corrente, falhas essas que podem se prestar a inviabilizar a enunciação, garantia e proteção dos direitos humanos, merecendo tal posição uma melhor reflexão sob o contexto de um mundo globalizado. O multiculturalismo é algo imanente à história do ser humano e jamais deve ser visto como um mal a ser aniquilado em favor de uma uniformização cultural. Contudo, não se pode, sob o argumento da defesa e do reconhecimento do pluralismo cultural, perpetrar violações aos Direitos Humanos, pois se o reconhecimento da diversidade cultural é algo que promove a dignidade da pessoa humana, não há como imaginar tal dignidade sendo tolhida por conta desta mesma operação.

2.6.2 O universalismo

Na esteira da discussão acerca da enunciação, garantia e tutela dos direitos humanos, os universalistas levantam a bandeira de que deve haver um catálogo universal de direitos humanos a ser obrigatoriamente observado por todos os Estados.

Há direitos que devem ser assegurados, os quais compõem um espectro de abrangência necessário a garantir a dignidade humana.

Conforme já referido em tópicos anteriores, após a banalização dos direitos humanos pelo nazismo, procedeu-se a uma política de sua reconstrução, com a criação de organismos e sistemas internacionais, a nível global e regional, visando a sua garantia e proteção.

A Declaração de Direitos Humanos de 1948 trata os Direitos Humanos como universais, no que ela é reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena,

de 1993, quando esta dispõe em seu § 5º que: “Todos os direitos humanos são universais, interdependentes e interrelacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e eqüitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase.”

Assim, ao mesmo tempo em que os direitos humanos são universais, eles são indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados.

Dessa assertiva, depreende-se que os direitos humanos constituem um catálogo inalienável, do qual a supressão de algum dos direitos nele constate, implica na ofensa de todo o sistema de direitos humanos, constituindo uma violação da esfera de direitos não só do indivíduo, vítima direta da violação, mas de toda a comunidade internacional, no sentido de que cabe a esta zelar de forma global e igualitária pela tutela desses direitos.

Nessa esteira de raciocínio, Flávia Piovesan⁸⁸ assinala que:

Fortalece-se a ideia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional. Por sua vez, esta concepção inovadora aponta duas importantes consequências:

1ª) a revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa a sofrer um processo de relativização, na medida em que são admitidas intervenções no plano nacional em prol da proteção dos direitos humanos; isto é, transita-se de uma concepção “hobbesiana” de soberania centrada no Estado para uma concepção “kantiana” de soberania centrada na cidadania universal.

2ª) a cristalização da ideia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de Direito.

Presencia-se, deste modo, o fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica, decorrência de sua soberania.

A autora continua no mesmo texto demonstrando uma das consequências do universalismo, em que a ideia de um catálogo universal de direitos humanos, o qual deveria ser garantido por toda a comunidade internacional, justifica a ideia de relativização da soberania Estatal, no sentido de que até mesmo o Poder Constituinte deve guardar observância no tocante à tutela dos direitos humanos, justificando também, desta feita, a viabilização de sistemas de proteção internacional dos direitos humanos:

O processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação de um sistema internacional de proteção destes direitos. Este sistema é

⁸⁸ PIOVESAN, 2006a, p. 18-19.

integrado por tratados internacionais de proteção, que refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais aos direitos humanos, na busca da salvaguarda de parâmetros protetivos mínimos – “do mínimo ético irreduzível”.

A assertiva revela a corrente universalista, referindo haver um catálogo de direitos humanos os qual não pode ser expropriado de pessoa alguma. Poder-se-ia, argumentando com o conceito supra, dizer que este catálogo seria o próprio mínimo ético irreduzível.

Basta a existência enquanto pessoa, para que esta seja titular dos direitos humanos, os quais são inalienáveis. É nesse mesmo sentido que Marco Antonio Guimarães⁸⁹, citando Fábio Konder Comparato,⁹⁰ leciona:

(...) o fato sobre o qual se funda a titularidade dos direitos humanos é, pura e simplesmente, a existência do homem, sem necessidade alguma de qualquer outra precisão ou concretização (...)
 (...) os direitos humanos são direitos próprios de todos os homens, enquanto homens, à diferença dos demais direitos que só existem e são reconhecidos em função de particularidades individuais ou sociais do sujeito.

A corrente universalista, contudo, guarda modalidades. Flávia Piovesan⁹¹ refere que, na mesma esteira em que Jack Donnelly aduz existir níveis de relativismo, poder-se-ia entender pela existência de níveis de universalismo, ou seja, haverá o universalismo radical, forte ou fraco, os quais seriam qualificados pelo alcance, em maior ou menor extensão, do mínimo ético irreduzível.

Há que se falar também no universalismo sóbrio, defendido por Kersting⁹², o qual se revelaria sóbrio na medida em que se restringe à esfera do direito, abre mão de concepções problemáticas, em termos de fundamentação, que se agrupam em torno do valor e da dignidade do ser humano e por sua compatibilidade qualificada com o particularismo moral.

Flávia Piovesan⁹³ menciona também o chamado universalismo de confluência, sustentado por Joaquín Herrera Flores:

⁸⁹ GUIMARÃES, 2006, p. 62-63.

⁹⁰ COMPARATO, 2001.

⁹¹ PIOVESAN, 2006b, p. 17.

⁹² WOLFGANG, 2003, p. 101-102.

⁹³ PIOVESAN, 2008, p. 147-148.

(...) um universalismo de ponto de chegada, e não de ponto de partida. No dizer de Herrera Flores: “nossa visão complexa dos direitos baseia-se em uma racionalidade de resistência. Uma racionalidade que não nega que é possível chegar a uma síntese universal das diferentes opções relativas a direitos. (...) O que negamos é considerar o universal como um ponto de partida ou um campo de desencontros. Ao universal há que se chegar – universalismo de chegada ou de confluência – depois de entrecruzamento e não de uma mera superposição de propostas”.

Cabe ressaltar que Boaventura de Souza Santos⁹⁴, citado por Flávia Piovesan⁹⁵, dispõe sobre uma concepção multicultural de direitos humanos, revelando um multiculturalismo emancipatório, em que aduz que todas as culturas se revelam incompletas, nesse ou naquele aspecto; somente com o diálogo intercultural é que poderia se cogitar de uma completude entre as culturas, no sentido de gerar uma concepção multicultural de direitos humanos, havendo que se falar em valores universais a título de direitos humanos:

Os direitos humanos têm que ser reconceptualizados como multiculturais. O multiculturalismo, tal como eu o entendo, é pré-condição de uma relação equilibrada e mutuamente potencializadora entre a competência global e a legitimidade local, que constituem os dois atributos de uma política contra-hegemônica de direitos humanos no nosso tempo.

É bem assim que João Arriscado Nunes⁹⁶, fazendo menção a Panikkar e Boaventura de Sousa Santos, defende a ideia supra, discorrendo acerca da chamada hermenêutica diatópica, aludindo que a universalidade dos direitos humanos acaba por ocultar, muitas vezes, a origem histórica, especificidade cultural e ideológica de tais direitos:

Esse processo implica, primeiro, que tudo, o reconhecimento dessas diferenças e dos contextos históricos da sua constituição; e, a seguir, a identificação do que Panikkar e Santos designam de temas homeomórficos ou de preocupações isomórficas, respectivamente, que constituam um fundo sobre comum sobre o qual se torna possível a construção de diálogos interculturais. O procedimento que Panikkar e Santos designam de hermenêutica diatópica assume, aqui, uma importância central. É que ele permite transformar os *topoi* ou lugares comuns, próprios de uma cultura – que, por serem lugares comuns, correspondem a pressupostos não interrogados – em argumentos, a partir da confrontação com os *topoi* de outra cultura. O processo assenta na ideia de incompletude de cada cultura – que Panikkar representa através de sua conseguida metáfora das janelas, que apresenta as diferentes culturas como janelas que permitem olhar o mundo e vê-lo de maneiras parcialmente convergentes, mas não

⁹⁴ SANTOS, s/d., p. 112.

⁹⁵ PIOVESAN, 2008, p. 153.

⁹⁶ NUNES, 2004, p. 18-19.

coincidentes e nunca complementares. O reconhecimento da incompletude das culturas não só não impede o diálogo com outras culturas, como constitui uma das condições que o tornam possível. A hermenêutica diatópica pode dar lugar a configurações mais abrangentes do humano e da dignidade da pessoa humana desde que tome ela própria como ponto de partida as versões mais abrangentes que existem em todas as culturas (dado que estas não são todas homogêneas). É assim que será possível reconhecer não só os limites das diferentes concepções, como procurar os modos de enriquecer com as contribuições das outras.

Das opiniões dos autores supra, depreende-se que o debate entre universalismo e relativismo deve ser tido por ultrapassado, merecendo atenção no presente o enfoque dos direitos humanos sob uma perspectiva multicultural progressista, bem assim nos dizeres de João Arriscado Nunes⁹⁷:

A ampliação do âmbito dos direitos humanos, de modo a reconhecer as diferenças e a procurar as compatibilidades e isomorfismos de preocupações e concepções, será, assim, um processo sucessivamente reiterado, que não pode limitar-se a reconhecer a diversidade cultural, mas que implica o envolvimento mútuo entre culturas diferentes que caracteriza um multiculturalismo progressista (oposto a um multiculturalismo conservador, de coexistência na separação) e que é alimentado por uma dinâmica intercultural.

É no mesmo sentido, que Flavia Piovesan⁹⁸, fazendo alusão a Boaventura de Sousa Santos, também leciona:

Neste debate, destaca-se a visão de Boaventura de Sousa Santos, em defesa de uma concepção multicultural de direitos humanos, inspirada no debate entre as culturas, a compor um multiculturalismo emancipatório. Para Boaventura, “os direitos humanos têm que ser reconceptualizados como multiculturais. O multiculturalismo, tal como eu o entendo, é pré-condição de uma relação equilibrada e mutuamente potenciadora entre a competência global e a legitimidade local, que constituem os dois atributos de uma política contra-hegemônica de direitos humanos no nosso tempo.” Prossegue o autor defendendo a necessidade de superar o debate sobre universalismo e relativismo cultural, a partir da transformação cosmopolita dos direitos humanos. Na medida em que todas as culturas possuem concepções distintas de dignidade humana, mas são incompletas, haver-se-ia que aumentar a consciência dessas incompletudes culturais mútuas, como pressuposto para um diálogo intercultural. A construção de uma concepção multicultural dos direitos humanos decorreria desse diálogo intercultural.

O diálogo intercultural é salutar, ele deve visar como escopo à enunciação de um catálogo mínimo de direitos humanos, aos quais deve ser conferido um caráter universal, cuja tutela se deve dar no âmbito internacional, inclusive.

⁹⁷ NUNES, 2004, p. 18-19.

⁹⁸ PIOVESAN, 2006b.

Este catálogo, este mínimo ético irreduzível, não pode ser negado a qualquer cidadão, deve constituir num plexo de direitos inalienáveis, cuja supressão deve ser impossível de se dar sob qualquer pretexto.

O ser humano é um cidadão do mundo, as ideias kantianas de hospitalidade universal e paz perpétua devem subsidiar tal postulado, o qual somente poderá se tornar realidade caso haja o diálogo intercultural, no sentido de pretender a positivação, a garantia e a tutela de um catálogo de direitos humanos comum a todos os povos, respeitada a pluralidade cultural, a qual, contudo, não pode servir de abrigo para violações a tais direitos.

Kersting⁹⁹ defende esta ideia de que deve haver um mínimo de direitos humanos a serem tutelados, tais como a vida, domicílio, incolumidade física, regra, subsistência e desenvolvimento.

Nesse diálogo com Kersting, verifica-se adequada a definição anteriormente fornecida por Flávia Piovesan acerca do mínimo ético irreduzível e, para o alcance deste ideário interessante seria uma inclinação para a tendência de um universalismo de confluência, o qual privilegiaria o debate intercultural, respeitando a pluralidade, a diversidade, reconhecendo cada indivíduo como titular de sua dignidade e direitos, gerando assim uma cultura de valorização e tutela dos direitos humanos.

Importante lembrar que a crítica ao universalismo pode-se dar no sentido de que ao tentar fazer prevalecer um único valor universal, pode privilegiar uma posição conservadora, em desprestígio do pluralismo.

O universalismo é uma forma de justificar o mínimo ético irreduzível, contudo, não pode se prestar a suprimir a pluralidade e a diversidade, impondo unilateralmente seus dogmas. Há que se primar pela defesa dos direitos humanos, porém o direito à tutela da pluralidade cultural também deve ser encartado no rol dos direitos humanos, de modo que um universalismo que se preste a desconsiderar tal pluralismo não pode se consubstanciar numa corrente que arrogue foros de defensora da efetivação dos direitos humanos.

Nessa linha de raciocínio, o universalismo de confluência, aliado ao universalismo plural, em conjunto com um multiculturalismo emancipatório ou progressista, revela o novo caráter cosmopolita dos direitos humanos, em que

⁹⁹ WOLFGANG, 2003, p. 101-102.

chegar-se-á, por meio de um diálogo intercultural a um catálogo de direitos humanos que se constitua num mínimo ético irreduzível. O alcance deste mínimo ético irreduzível será tanto maior, quanto for a consciência das nações em abandonar o etnocentrismo, adotando uma hermenêutica diatópica, somente assim, ciente cada cultura de suas incompletudes, poderá ser colimado um entendimento universal sobre os direitos humanos fundamentais.

2.6.3 A informação e o diálogo entre universalismo e relativismo

Diante do cenário posto, o qual ilustra um planeta sem fronteiras, não se pode mais fechar os olhos para os vizinhos. A comunidade global vive um momento de troca instantânea de informações e, diante de tais fatos, choques culturais acontecem.

Se de um lado, graças à facilidade de acesso aos meios de comunicação se tornou possível verificar flagrantes violações aos direitos humanos que têm sido perpetradas em várias regiões do planeta, foi também foi graças a esse fenômeno, da facilidade de troca de informações, que as diferentes culturas do globo passaram a interagir com grande frequência.

A comunicação, com o surgimento da *internet*, por exemplo, tomou enormes conotações, redefinindo o espaço público. Cria-se um espaço global o qual é reproduzido e ao mesmo tempo informado pelo ciberespaço digital, um ambiente proporcionado pela rede mundial de computadores, tornando possível que várias pessoas ao redor do planeta estejam conectadas entre si, umas com as outras, em tempo real.

Com a rede mundial de computadores há uma reprodução dos fatos da vida em um mundo digital o qual circula instantaneamente por todos os cantos do planeta, permitindo que milhares de pessoas que têm acesso aos meios digitais de comunicação possam tomar conhecimento daqueles fatos então ocorridos, os quais podem repercutir de forma direta, indireta ou reflexa em culturas outras espalhadas pelo planeta. Este é o atual *status* da realidade das comunicações em nosso planeta. Fica ainda mais aquecido o diálogo entre universalistas e relativistas,

quando o acesso ao ciberespaço viabiliza a experiência intercultural, conforme observado por Evandro Peres Guerreiro¹⁰⁰:

A tecnologia, ao mesmo tempo que passa a ser responsável pela melhora dos bens e serviços consumidos pela sociedade, também interfere histórica, social, econômica e culturalmente no processo de desenvolvimento local, provocando mudanças radicais no modo de agir, sentir e pensar da humanidade.

Essa inserção primitiva dos avanços tecnológicos na vida das pessoas pode tanto ser instrumento de melhora da condição de vida como também um forte argumento ideológico tecnocrático, como pensa Postman; uma ecoditadura, como asseveram Schauer e Radermacher; ou ainda, como argumenta Melvin Kranzberg, a tecnologia não é boa nem ruim, mas também não é neutra; logo, não é somente um aplicativo, mas um poderoso instrumento de manipulação político-ideológica da sociedade e de formação da opinião pública.

Na sociedade de informações não é diferente. Foi assim com a imprensa de Gutenberg, que massificou o conhecimento impresso, permitindo o acesso a quem tivesse interesse por ele; o mesmo aconteceu com o telefone, o telégrafo, a televisão, o rádio, o satélite, o computador, a internet e todas as *teletecnologias* que tornaram possível a maior distribuição das informações no tempo e no espaço, globalizando tendências, conceitos, experiências e culturas locais.

A comunicação, que antes se dava em reuniões de final de tarde nas pequenas comunidades, em que as pessoas se encontravam em uma praça ou em volta de uma fogueira para contar suas histórias, se divertir e pensar sobre o seu destino, hoje é feita por meios tecnológicos de múltiplas funções e facetas no ciberespaço.

Num mundo onde já não basta mais saber o que acontece na sua própria casa, bairro ou região, há que se ter conhecimento dos fatos acontecendo por todo o globo terrestre; da mesma forma que se deve ter direito a saber dos fatos, deve haver o direito a divulgar os fatos, opiniões, expressões, para que todos possam ter conhecimento deles. O Direito de informar, buscar informação e ser informado é imprescindível para o desenvolvimento, devendo ser considerado um Direito Humano em si mesmo.

A perplexidade que pode causar a determinada cultura o modo como outra cultura trataria esse ou aquele tema, leva ao debate acerca de qual modo de vida seria o correto e, esse debate leva em conta o respeito aos direitos humanos.

Os processos de globalização acirraram a questão entre universalismo e relativismo, os grupos econômicos têm interesse na uniformização de culturas para viabilizar o comércio mundial, o que acaba de certa forma por subsidiar a alegação relativista de que o universalismo seria uma forma de colonialismo cultural.

¹⁰⁰ GUERREIRO, 2006, p. 171.

De fato, lamentavelmente, os processos de globalização têm se dado de forma hegemônica e não de baixo-para-cima como deveria ocorrer caso o desenvolvimento fosse o verdadeiro fim dos processos de globalização. Grandes grupos transnacionais tendem a não valorizar o multiculturalismo no intuito de uniformizar seus “mercados”, dada a produção em série de bens de consumo, por exemplo.

Os grandes grupos transnacionais passam a exercer um poderio superior à própria soberania dos Estados, quer seja daqueles em que estão sediados, quer seja daqueles em que se lançam em busca de novos mercados, visando promover sua produção a nível global, conforme observa Habermas¹⁰¹:

Agentes não-estatais como empresas transnacionais e bancos privados com influência internacional esvaziam a soberania dos Estados nacionais que eles mesmos acatam de um ponto de vista formal. Hoje em dia, cada uma das trinta maiores empresas do mundo em operação movimenta uma receita maior que o produto nacional bruto de noventa dos países representados na ONU, considerados individualmente. Mas mesmos os governos dos países economicamente mais fortes percebem hoje o abismo que se estabelece entre seu espaço de ação nacionalmente delimitado e os imperativos que não são sequer do comércio internacional, mas sim das condições de produção integradas em uma rede global.

Todavia, não há apenas o lado ruim da globalização, eis que este mesmo fenômeno também viabilizou a disposição de várias ferramentas de tecnologia em comunicação como as referidas supra, o que fez com que diferentes povos tomassem ciência de diferentes culturas, modos e padrões de vida. Os padrões locais que eram tidos como corretos passam a ser questionados, havendo uma reflexão acerca do “eu” a partir do “outro”. Esta reflexão pode justamente se tornar o ponto de partida para questionar os localismos globalizados e os globalismos localizados, com debates de cunho emancipatório visando, de fato, à promoção do desenvolvimento dos Direitos Humanos.

É o que observa Álvaro de Vita¹⁰² ao discorrer acerca de diferentes modos de vida e sua aceitação pelas populações que a eles se submetem. Argumenta o autor que tal aceitação somente pode ser considerada legítima se não resultar de coerção, se houver meios de acesso a outras opções:

¹⁰¹ HABERMAS, 2007, p. 203.

¹⁰² VITA, 2008, p. 213.

Como pode Walzer afirmar, no caso mencionado no parágrafo anterior, que a escolha de um modo de vida que trata as mulheres como objetos de troca, sem nenhuma consideração por elas na condição de agentes, seja verdadeiramente delas, mulheres? Principalmente quando os critérios adotados inferiorizam os grupos mais vulneráveis da sociedade, temos de perguntar em que medida esse consenso não resulta, além da coerção (hipótese que Walzer considera), da inexistência de alternativas que as vítimas dessas desigualdades pudessem enxergar como parte de seu leque efetivo de oportunidades ou ainda, como argumenta Brian Barry, do controle, exercido pelos beneficiários do *status quo*, sobre os meios de comunicação, sobre a educação ou sobre a doutrina religiosa prevalecente.

Da leitura do texto supra, depreende-se que a restrição ao acesso à informação por meio da manipulação dos meios de comunicação, por exemplo, acaba por viciar o consentimento das pessoas, privilegiando a imposição de cima para baixo de padrões de vida em desfavor de grupos mais vulneráveis, o que implica num procedimento perverso de padronização de comportamento, típico de regimes totalitários, não democráticos e/ou, de procedimentos de globalização hegemônica. Fica a questão se os relativistas, de fato, se conformam com a realidade que experimentam com convicção ou, por não conhecer a possibilidade de outra realidade, ou mesmo, em decorrência estarem submetidos a um modo de vida imposto pelo regime dominante, sem possibilidade de escolha ou opinião.

Deve ser promovida a reflexão de forma ampla e irrestrita acerca dos padrões de vida como o são para que estes somente sejam aceitos mediante o consentimento livre e esclarecido daqueles que por ventura pretendam aderir a determinado padrão e/ou modo de vida e comportamento.

Essa reflexão hoje se mostra possível caso haja acesso à tecnologia e aos meios avançados de telecomunicação viabilizados por aquela. Por meio dos meios digitais de telecomunicação, tornou-se possível dar e tomar ciência dos fatos realmente como o são. Mesmo a despeito da censura de muitos países, onde não prevalece o regime democrático, ferramentas de comunicação como a *internet* se prestam a mostrar os fatos como realmente têm acontecido, dá-se uma verdadeira burla à censura midiática imposta por tais regimes, em que pessoas comuns do povo podem informar, buscar informação e serem informadas e, assim, fica promovida a reflexão interna, a organização de manifestações e fóruns públicos, ainda que no espaço digital, tornando possível caminhar para um regime maduro, democrático, com observância dos Direitos Humanos.

É também com o advento destas novas tecnologias de comunicação que fora possível à comunidade internacional tomar ciência do que ocorre dentro países onde

a mídia se encontra sob censura. A despeito da ausência de divulgação de fatos reais por fontes oficiais de países onde existe a censura midiática, a *internet* surge como ferramenta que se presta a chamar a atenção de toda a comunidade internacional para uma dada realidade local. Nesse sentido, Habermas¹⁰³ discorre acerca do advento da comunicação global como ferramenta em favor dos Direitos Humanos, a qual, atualiza Kant, permite sentir a violência ocorrida em um dado local do planeta em todos os demais locais, forma uma opinião mundial a qual, uma vez em funcionamento, viabiliza caminhar para a efetivação da paz perpétua¹⁰⁴:

Provavelmente, esse véu da insciência explica o ânimo em face da antecipação de uma opinião pública *mundial* – antecipação de bem largo alcance, mas que hoje em dia se revela clarividente. Pois ela só agora se configura, ou seja, após o evento da comunicação global: “Já que a comunidade dos povos da Terra (!), causa de tanto alarme no passado, logrou chegar tão longe, a ponto de se poder sentir a violação de direito ocorrida em um local do planeta em todos os demais locais, também assim a ideia de um direito cosmopolita não é um tipo de imaginação fantasmática e exagerada do direito, mas sim um complemento necessário ao direito público e internacional em favor dos direitos humanos e portanto da paz perpétua; e se podemos nos sentir lisonjeados por nos aproximar continuamente dessa paz perpétua, isso só pode acontecer sob essa condição [qual seja, a de que haja uma opinião pública mundial em funcionamento, J. Habermas].

Esta opinião mundial pode ser tida como o resultado do agir em conjunto, a efetivação da política na esfera pública, a qual somente acontece com o acesso à informação de forma ampla, verdadeira e transparente; é o que se depreende da leitura de Celso Lafer¹⁰⁵ quando este verifica a importância que a informação e a transparência têm para o exercício da cidadania e o agir em conjunto, uma vez que o autor assevera que o não acesso à informação implica na violência e na mentira, que são destrutivas da comunidade política e comprometem a dignidade humana, sendo:

Em síntese, para Hannah Arendt a publicidade é a condição da possibilidade do exame atento que permite discernir através do juízo reflexivo – que para Kant é o que une a teoria à prática – a aparência autêntica da inautêntica. Isto é de suma relevância para caracterizar a esfera pública.

Em síntese, assim como Hannah Arendt mostra a destrutividade para uma comunidade política da violência generalizada, que tem na hipocrisia uma de suas causas, assim também ela indica a destrutividade da mentira

¹⁰³ HABERMAS, 2007, p. 205.

¹⁰⁴ Tal como Kant já apontava para a justificação de um direito cosmopolita (KANT, 2008, p. 41).

¹⁰⁵ LAFER, 1988, p. 241-242.

generalizada para uma comunidade política, tal com ela a concebe, mesmo quando a mentira não provoca a violência. Neste sentido, afirma que tanto a mentira quanto a violência comprometem a dignidade do ser humano e a sua aptidão para a cidadania, porque ambas são coercitivas e, consequentemente impeditivas da liberdade.

Esta aproximação da violência e da mentira, enquanto dimensões da coerção, tem para Hannah Arendt consequências que são destrutivas da comunidade política porque ambas são impeditivas da liberdade do agir conjunto.

Como se vê, o acesso à informação é imprescindível para o debate entre o universalismo e o relativismo, pois viabiliza o conhecimento acerca das mais variadas culturas, modos de vida. Não há que ser negado a nenhuma pessoa do planeta o direito a informação e comunicação, já não basta mais saber o que acontece na sua própria casa, bairro ou região, há que se ter conhecimento dos fatos acontecendo por todo o globo terrestre e, da mesma forma que se deve ter direito a saber dos fatos, deve haver o direito a divulgar os fatos, opiniões, expressões, para que todos possam ter conhecimento deles. O Direito Humano de informar, buscar informação e ser informado é imprescindível para o desenvolvimento.

Já previsto na Declaração Francesa de 1789, o direito à informação consta dos principais instrumentos que versam sobre Direitos Humanos no plano internacional, em que se verifica a existência de dispositivos expressos que se prestam a garantir tal direito, o qual compreende tanto o direito de procurar, como o de receber e transmitir informações e ideias independentemente de fronteiras, como no Art. XIX da Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como se verifica conteúdo similar o que pode ser verificado da leitura do art. 19 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, no art. 9 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, no art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos e no art. 9 da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, por exemplo, o que demonstra que o direito à informação, assim compreendido da forma que está na Declaração Universal é um Direito Humano.

A falta de informação, de transparência é um dos principais ingredientes de regimes totalitários, dado que limita a atuação na esfera pública e frustra o exercício da cidadania, daí já se percebe sua importância a ponto de ser incluído no catálogo de Direitos Humanos. É nesse viés que Celso Lafer¹⁰⁶, em estudo dos Direitos

¹⁰⁶ LAFER, 1988, p. 241-242.

Humanos sob uma perspectiva arendtiana, refere à importância do direito à informação como meio para viabilizar a ação no espaço público:

O direito à informação, que no direito das Gentes, como o direito à intimidade, tem como objeto a integridade moral do ser humano, é precipuamente uma liberdade democrática, destinada a permitir uma adequada, autônoma e igualitária participação dos indivíduos na esfera pública.

O direito à informação, como se vê pela leitura do texto da Declaração Universal dos Direitos do Homem, está tanto ligado à liberdade de opinião e de expressão. Estas envolvem tanto uma neutralidade por parte dos Outros – a liberdade negativa de não se ver molestados por suas opiniões – quanto a liberdade positiva de expressar publicamente suas ideias. Ambas, enquanto expressões do *sapere aude* kantiano, pressupõem uma informação exata e honesta como condição para o uso público da própria razão, que enseja a ilustração e a maioria dos homens. É por essa razão que a democracia, por obra do legado kantiano, tem como uma de suas notas constitutivas o princípio da publicidade e o da transparência na esfera do público.

Hannah Arendt tem uma percepção muito clara da relevância do direito à informação como meio para se evitar a ruptura totalitária. Com efeito, uma das notas características do totalitarismo é a negação, *ex parte principis*, da transparência na esfera pública, seja através da estrutura burocrática na forma de cebola, seja através do emprego da mentira e da manipulação ideológica, que impedem a circulação de informações exatas e honestas.

O acesso à informação permite à ciência das incompletudes presentes em cada cultura, a chamada hermenêutica diatópica; bem como o universalismo de confluência são ideias palpáveis, aptas diante das novas tecnologias de informação. O conhecimento de si e do outro é a principal via para a compreensão e a valorização do multiculturalismo que viabiliza o diálogo intercultural e, assim, a definição de um denominador comum em matéria de Direitos Humanos, um mínimo ético irredutível.

Criação ocidental ou não, o conceito de Direitos Humanos corresponde a um encarte inalienável a qualquer indivíduo, o qual deve ser respeitado em qualquer lugar onde este se encontre, não importando o país, ou a cultura das nações. Há que se ter em mente que se faz necessária a adoção em nível global de um catálogo mínimo de direitos humanos que devem ser respeitados, garantidos e tutelados, até mesmo em âmbito internacional, por meio de cortes internacionais e/ou regionais, quando a jurisdição nacional faltar ou for incompleta, inconsistente.

Já se percebe que a noção de Direitos Humanos já encontra aceitação universal; ao se dar conta das incompletudes culturais, verifica-se que o preenchimento tais lacunas culturais se dá aos poucos com a absorção de

elementos de culturas diversas, caminhando para a inter-relação entre as culturas e, guardando cada qual suas peculiaridades, encontrem um espaço comum de consenso, um valor universal, um mínimo ético irreduzível que se preste a assegurar a dignidade da pessoa humana a ser perseguido por todos os Estados, a despeito de qualquer extremismo relativista, valendo citar as palavras de Cançado Trindade¹⁰⁷:

(...) a universalidade dos direitos humanos decorre de sua própria concepção, ou de sua captação pelo espírito humano, como direitos inerentes a todo ser humano, e a serem protegidos em todas e quaisquer circunstâncias. Não se questiona que, para lograr a eficácia dos direitos humanos universais, há que se tomar em conta a diversidade cultural, ou seja, o *substratum* cultural das normas jurídicas; mas isto não se identifica com o chamado relativismo cultural. Muito ao contrário, os chamados “relativistas” se esquecem de que as culturas não são herméticas, mas sim abertas aos valores universais, e tampouco se apercebem de que determinados tratados de direitos da pessoa humana já tenham logrado aceitação universal.

Tampouco explicam a aceitação universal de valores comuns superiores, de um núcleo de direitos inderrogáveis, assim como a consagração da proibição absoluta da tortura, dos desaparecimentos forçados e das execuções sumárias, extralegais ou arbitrárias. Ao contrário do que apregoam os “relativistas”, a universalidade dos direitos humanos se constrói e se ergue sobre o reconhecimento, por todas as culturas, da dignidade do ser humano. A universalidade dos direitos humanos, emanada da consciência jurídica universal, vem em nossos dias dar expressão concreta à unidade do gênero humano.

A pluralidade cultural não pode ser uma barreira para a implementação do mínimo ético irreduzível. Os relativistas e os universalistas devem ter por ultrapassada esta questão, cabendo no presente um enfoque multicultural progressista dos direitos humanos, em atenção a uma hermenêutica diatópica, visando a um universalismo de confluência, do qual deverá se partir do geral de cada cultura, buscando o complemento de todas elas num ponto comum. A sociedade encarada sob um novo enfoque do cosmopolitismo deve se organizar no sentido de que todos os atores, estatais e não estatais engendrem ações conjuntas em atenção aos direitos humanos. Somente assim poderá haver um consenso na ordem internacional acerca da enunciação, garantia, tutela e efetivação dos direitos humanos, com vistas à concretização da dignidade da pessoa humana.

¹⁰⁷ CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 416-417.

3 A JUSTICIALIZAÇÃO INTERNACIONAL DOS CONFLITOS

3.1 O TRATADO DE VERSALHES

Com o final da I Guerra, a comunidade Internacional entendeu pertinente a criação de uma aliança e a enunciação por meio dessa aliança dos Direitos Humanos, o que se deu com a Declaração Universal dos Direitos Humanos pela ONU, em 1948, e demais documentos que foram editados posteriormente.

Contudo, não bastava enunciar direitos, a mera aceitação da convenção de 1948, por exemplo, que nem era um tratado, ou seja, formalmente não dispunha de força cogente e, nem tampouco a adesão a protocolos ulteriores se prestariam a assegurar que o ideário dos Direitos Humanos seria cumprido pelos Estados.

Para atender aos anseios de viabilizar a efetividade dos Direitos Humanos, reconhecidos internacionalmente e que, informavam a legislação interna dos Estados, ou ao menos, deveriam informar, foram criados sistemas de proteção, tanto a nível global, como a nível regional.

Estes sistemas de proteção dos Direitos Humanos foram contemplados com a jurisdição, ou seja, foram contemplados com a criação de Cortes para a apreciação e julgamento de casos envolvendo violações aos Direitos Humanos, constituindo o exercício da jurisdição supraestatal, de caráter complementar e subsidiário.

Estas Cortes de Justiça Internacional para proteger os Direitos Humanos têm origem no Direito de Guerra, em que o Direito Humanitário, derivado deste Direito de Guerra, fora prestigiado para fins de que fossem criados Tribunais Internacionais para julgar crimes de Guerra.

A primeira relevante manifestação de uma jurisdição internacional que se prestou como base para as demais cortes internacionais que surgiram no futuro foi aquela constante no art. 227 do Tratado de Versalhes, ao final da I Guerra Mundial, em 1919.

O Tratado de Paz de Versalhes¹⁰⁸, ou a “Paz dos Vencedores” dispôs acerca da criação da Liga das Nações, a convenção desta, de 1920, já tratava de assuntos quanto a condições justas de trabalho, o que já referia a preocupação com Direitos Humanos, contudo, fora a criação do tribunal especial para o julgamento dos crimes de guerra, previsto no art. 227 do Tratado de paz de Versalhes que se constituiu num referencial histórico quanto à criação de Cortes Internacionais.

Ao final da I Guerra, ante o tamanho da devastação jamais experimentada em momento anterior pela Humanidade, ficou o sentimento de que não bastava a vitória, mas uma satisfação havia que ser dada¹⁰⁹:

Na França, uma vez restabelecida a paz, as reações políticas se multiplicam. O Senado vota em 15 de outubro de 1918 uma resolução exprimindo o desejo de conseguir a condenação dos autores responsáveis, sendo que a justiça deveria ser a primeira condição de paz. Na Assembleia Nacional francesa, o Deputado Lille, M. Delory, exige a instauração de um processo com o pretexto de que “não reclamar justiça seria um crime contra a França, um crime contra a humanidade!”.

Sem dúvida, por todas essas razões, e porque o contexto político é eminentemente favorável, o art. 227 do Tratado de Paz de Versalhes assinado entre as potências aliadas e a Alemanha em 28 de junho de 1919 (ratificado pela França em 10 de janeiro de 1920) permite pensar – imensa esperança – que pode haver a curto prazo uma nova ordem penal internacional, de fôlego suficientemente forte para estabelecer regras jurídicas universais.

A Alemanha foi considerada culpada pela Guerra¹¹⁰, e o ex- Imperador da Alemanha, Guilherme II de Hohenzoller, fora acusado por “ofensa suprema contra a

¹⁰⁸ “O Tratado de Versalhes encerrava oficialmente os trabalhos da Conferência de Paz de Paris (1919-1920), convocada para deliberar sobre o fim da Primeira Guerra Mundial (1914-1918). O Brasil, por ter participado do conflito (ver box), estava presente. No entanto, era um ator periférico. Os assuntos europeus centralizavam todas as atenções, como a concessão de independência a países da Europa Oriental (quais?) e a administração da Alemanha derrotada. Problemas concretos de outras regiões, como o equilíbrio de forças na Ásia ou a definição dos mandatos no Oriente Médio, tinham precedência sobre os temas de eventual interesse latino-americano.

A Primeira Guerra Mundial, como ficou conhecida no Ocidente, teve um impacto profundo na história do século XX. Suas conseqüências não se resumiram às alterações territoriais que redesenharam o mapa-múndi. Para citar apenas um exemplo, o conflito marcou a queda de quatro grandes Impérios: Alemão, Austro-Húngaro, Otomano e Russo. A guerra deixou, a partir daí, de ser uma prática restrita aos exércitos, atuando em teatros de operação distantes da urbe. Invadiu as cidades e a vida das pessoas, afetando duramente as populações civis. Calcula-se, por baixo, só na Europa, um saldo de mais de oito milhões de mortos e seis milhões de inválidos, um número até hoje assustador.” (GARCIA, 2010)

¹⁰⁹ BAZELAIRE; CRETIN, 2004, p. 14-15.

¹¹⁰ A Alemanha foi obrigada a se desarmar, devolver a Alsácia-Lorena à França e aceitar que a Renânia fosse ocupada por tropas aliadas. Além de perder território e todas as suas colônias, foi considerada “culpada” pela guerra, conforme estabelecia o fatídico artigo 231 do tratado. Nisso se baseou a exigência aliada de pagamento de reparações, tema-chave da política européia no período entre as guerras. “A Alemanha pagará”, passaria a ser o lema da França. (GARCIA, op. cit.)

moral internacional e autoridade sagrada dos tratados.”, o que implicou na criação do tribunal previsto no art. 227 do Tratado de Versalhes¹¹¹ para o seu julgamento.

O art. 228 do Tratado de Versalhes dispunha que o Governo Alemão deveria reconhecer o direito dos aliados em submeter a julgamento aqueles acusados de violar as leis e os costumes de guerra.

Entretanto, o art. 227 nunca fora aplicado, eis que Guilherme II refugiou-se nos Países Baixos, tendo estes recusados a entregá-lo, a despeito da petição que lhes fora encaminhada pelas potências aliadas para tanto. A ideia de julgamento do *Kaiser* fora abandonada pelos aliados, contudo, nas palavras de Jean Bazelaire e Thierry Cretin:

(...) os redatores do tratado não podem suspeitar da amplitude do progresso que eles acabam de realizar, não apenas quanto à afirmação de uma concepção jurídica nova, segundo a qual os autores dos crimes de guerra devem responder na justiça, mas também quanto a universalidade do pensamento que ela contém.¹¹²

¹¹¹ “*ARTICLE 227. The Allied and Associated Powers publicly arraign William II of Hohenzollern, formerly German Emperor, for a supreme offence against international morality and the sanctity of treaties. A special tribunal will be constituted to try the accused, thereby assuring him the guarantees essential to the right of defense. It will be composed of five judges, one appointed by each of the following Powers: namely, the United States of America, Great Britain, France, Italy and Japan. In its decision the tribunal will be guided by the highest motives of international policy, with a view to vindicating the solemn obligations of international undertakings and the validity of international morality. It will be its duty to fix the punishment which it considers should be imposed. The Allied and Associated Powers will address a request to the Government of the Netherlands for the surrender to them of the ex-Emperor in order that he may be put on trial.*” (TRATADO DE PAZ DE VERSALHES, 2010)

¹¹² BAZELAIRE; CRETIN, 2004, p. 16.

3.2 A CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL

Em 1922, a Liga das Nações estabelece a Corte Permanente de Justiça Internacional¹¹³, a qual fora o primeiro tribunal internacional permanente com jurisdição internacional, tendo contribuído para o desenvolvimento do Direito Internacional, conforme consta do *site* da Corte Internacional de Justiça¹¹⁴.

Esta corte foi substituída em 1946 pela Corte Internacional de Justiça da ONU, estabelecida em 1945, a qual iniciou seus trabalhos em 1946, representando o principal órgão judicial das Nações Unidas¹¹⁵, exercendo a jurisdição contenciosa e consultiva nos termos de seus documentos constitutivos e regulamentadores, exercendo jurisdição tanto consultiva quanto contenciosa.¹¹⁶

¹¹³ “Article 14 of the Covenant of the League of Nations gave the Council of the League responsibility for formulating plans for the establishment of a Permanent Court of International Justice (PCIJ), such a court to be competent not only to hear and determine any dispute of an international character submitted to it by the parties to the dispute, but also to give an advisory opinion upon any dispute or question referred to it by the Council or by the Assembly. It remained for the League Council to take the necessary action to give effect to Article 14. At its second session early in 1920, the Council appointed an Advisory Committee of Jurists to submit a report on the establishment of the PCIJ. The committee sat in The Hague, under the chairmanship of Baron Descamps (Belgium). In August 1920, a report containing a draft scheme was submitted to the Council, which, after examining it and making certain amendments, laid it before the First Assembly of the League of Nations, which opened at Geneva in November of that year. The Assembly instructed its Third Committee to examine the question of the Court’s constitution. In December 1920, after an exhaustive study by a subcommittee, the Committee submitted a revised draft to the Assembly, which unanimously adopted it. This was the Statute of the PCIJ”. (ICJ, 2010)

¹¹⁴ “The establishment of the Permanent Court of International Justice (PCIJ), the predecessor of the International Court of Justice, was provided for in the Covenant of the League of Nations. It held its inaugural sitting in 1922 and was dissolved in 1946. The work of the PCIJ, the first permanent international tribunal with general jurisdiction, made possible the clarification of a number of aspects of international law, and contributed to its development.” (Ibid.)

¹¹⁵ “The International Court of Justice (ICJ) is the principal judicial organ of the United Nations (UN). It was established in June 1945 by the Charter of the United Nations and began work in April 1946. The seat of the Court is at the Peace Palace in The Hague (Netherlands). Of the six principal organs of the United Nations, it is the only one not located in New York (United States of America). The Court’s role is to settle, in accordance with international law, legal disputes submitted to it by States and to give advisory opinions on legal questions referred to it by authorized United Nations organs and specialized agencies. The Court is composed of 15 judges, who are elected for terms of office of nine years by the United Nations General Assembly and the Security Council. It is assisted by a Registry, its administrative organ. Its official languages are English and French”. (Ibid.)

¹¹⁶ “The International Court of Justice acts as a world court. The Court has a dual jurisdiction: it decides, in accordance with international law, disputes of a legal nature that are submitted to it by States (jurisdiction in contentious cases); and it gives advisory opinions on legal questions at the request of the organs of the United Nations or specialized agencies authorized to make such a request (advisory jurisdiction)”. (Ibid.)

3.3 O TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL DE NUREMBERG

Novamente em decorrência do direito de guerra, também na década de 1940, em 1945, surge o Tribunal Militar de Nuremberg para o julgamento dos acusados de terem cometido crimes contra a paz, crimes de guerra e os crimes contra a humanidade.

Conforme referem Bazelaire e Cretin¹¹⁷, o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg não nasceu de súbito, logo após o término da II Grande Guerra, durante o período da guerra já estava sendo engendrado pelos aliados um meio para que os crimes de guerra perpetrados pelo regime nazista fossem a julgamento:

O Tribunal Militar Internacional não nasceu espontaneamente e subitamente no fim da Segunda Guerra Mundial. Na realidade, durante todo o conflito, os Aliados e os representantes dos governos da Europa no exílio encontram-se diversas vezes para considerar a sorte que estaria reservada aos responsáveis nazistas após o conflito. A ideia de submeter à justiça os atos dos chefes nazistas não foi imediatamente evidente. Mas nas conferências de Moscou e de Teerã em 1943, de Yalta e de Potsdam em 1945, as três grandes potências, Estados Unidos, União das Repúblicas Socialistas Soviéticas e Grã-Bretanha, fazem um acordo para que sejam julgados e punidos os responsáveis pelos crimes de guerra. Em seguida, o tribunal militar internacional é criado pelos acordos de Londres em 8 de agosto de 1945 ocorridos entre as quatro grandes potências. Nesse meio tempo, a França juntou-se às três outras.

Além do *viés* de promoção de justiça, outro intuito do Tribunal de Nuremberg seria pedagógico, conforme relata Tony Judt¹¹⁸:

Desde o início, os julgamentos de crimes de guerra perpetrados por alemães tanto envolveram pedagogia quanto justiça. As sessões do Tribunal de Nuremberg foram transmitidas pela rádio alemã, duas vezes ao dia, e as provas ali acumuladas seriam expostas em escolas, cinemas e centros educacionais por todo o país; contudo, a ação exemplar dos julgamentos nem sempre era óbvia. Em vários dos primeiros processos julgados, que envolviam comandantes e guardas de campos de concentração, muitos acusados escaparam de qualquer tipo de pena.

Consoante já referido, cabia ao Tribunal julgar os crimes contra a paz, os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade, conforme definidos na Carta de Londres, de 08 de agosto de 1945, em seu art. 6.

¹¹⁷ BAZELAIRE; CRETIN, 2004, p. 20-21.

¹¹⁸ JUDT, 2008, p. 67.

Os crimes contra a paz consistiam na direção preparação, desencadeamento ou a continuação de uma guerra de agressão; a guerra em violação dos tratados, garantias ou acordos internacionais; a participação em um plano premeditado ou em um complô para a execução de um dos casos supracitados.

Os crimes de guerra eram definidos como as violações das leis e costumes de guerra. Essas violações compreendem, entre outras palavras, o assassinato, os maus tratos e a deportação para trabalhos forçados ou com qualquer outro objetivo das populações civis nos territórios ocupados, o assassinato ou maus tratos dos prisioneiros de guerra ou das pessoas no mar, a execução de reféns, a pilhagem dos bens públicos ou privados, a destruição sem motivo das cidades e dos vilarejos ou a devastação que não se justifiquem pelas exigências militares.

A alínea “c” do art. 6 da Carta de Londres também contemplou os crimes contra a humanidade¹¹⁹, definindo-os como o assassinato, o extermínio, a escravização, a deportação e qualquer outro ato desumano cometido contra qualquer população civil, antes ou durante a guerra, ou as perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos, quando esses atos ou perseguições, quer tenham constituído ou não uma violação do direito interno do país onde foram perpetrados, tenham sido cometidos em decorrência de qualquer crime que faça parte da competência do Tribunal, ou estejam vinculados a esse crime.

A Carta de Londres especifica nos art. 6 a 8, que tanto dirigentes, bem como chefes de Estado, altos funcionários poderão ser culpados, sendo que o art. 8 dispõe que mesmo acusado alegando que tenha agido em cumprimento de ordens não estará isento de pena; tais disposições se prestaram a promover uma nova concepção no âmbito do Direito Internacional, no sentido de que não apenas os Estados, mas os indivíduos em si considerados poderiam ser tidos como sujeitos de Direito Internacional, na medida em que poderiam ser punidos cada qual pelos crimes de guerra.

¹¹⁹ Cf. Celso Lafer: “(...) a concepção de *crimes contra a humanidade*, previstos no art. 6o., “c”, do Estatuto do Tribunal de Nuremberg, procurava identificar algo novo, que não tinha precedente específico no passado. Representava um primeiro esforço de tipificar, como ilícito penal, o ineditismo da dominação totalitária, que pelas suas características próprias – o assassinato, o extermínio, a redução à escravidão, a deportação, os atos desumanos cometidos contra a população civil, as perseguições por razões políticas, raciais e religiosas, para usar termos do art. 6o. “c” do Estatuto acima mencionado – tinha uma especificidade que transcendia os crimes contra a paz e os crimes de guerra.” (LAFER, 1988, p. 169)

Refere o art. 9 a possibilidade de ser considerada a organização de que acusados façam parte como criminosa e, assim o foi o partido nazista, a SS e Gestapo.

O Tribunal fora constituído de quatro membros, enviados pelos aliados, garantiu o devido processo legal assegurando aos acusados a leitura dos fatos e fundamentos de suas acusações e defesa, contudo, não havia recurso e, as penas aplicáveis seriam a de morte ou qualquer outra que o Tribunal entendesse compatível, sendo que o Tribunal consagrou o costume internacional para a condenação dos acusados nos crimes enunciados no art. 6.

Tony Judt também refere que haveria duas deficiências inevitáveis no processo de punição dos alemães: a primeira, a presença de juízes e promotores soviéticos (a audiência de estreia do Tribunal fora presidida pelo Juiz soviético Iolá T. Nikitchenko, por exemplo), dadas as práticas do exército vermelho dos países libertados e os massacres cometidos nos anos 30, contudo, aduz o autor que este seria o preço a ser pago pela aliança firmada durante a guerra e pelo papel de destaque do exército vermelho na derrota de Hitler. Quanto à segunda deficiência apontada pelo autor, esta consistiria na própria culpa pessoal da liderança nazista, principalmente na pessoa de Hitler. Tal fato resultou que muitos alemães acreditavam que o restante da nação seria inocente, tendo sido o povo alemão vítima passiva do nazismo:

Pode até ser que os crimes dos nazistas tenham sido “cometidos em nome da Alemanha” (para citar as palavras do ex-chanceler Helmut Kohl, pronunciada meio século mais tarde), mas era reduzida a percepção de que tais crimes haviam sido perpetrados por alemães.¹²⁰

Contudo, as grandes críticas quanto a Tribunal consistiam em se tratar de um Tribunal *ad hoc*, de exceção, constituído pelos vencedores, bem como a ofensa ao princípio da reserva legal, dado que somente com a edição da Carta de Londres que instituiu o Tribunal é que foram enunciados os tipos penais previstos em seu art. 6, referido supra, de modo que, na data em que as condutas delituosas foram praticadas, estas ainda não eram consideradas crime.

Entretanto, a despeito das críticas, o papel do Tribunal fora inquestionável no sentido de promover uma resposta aos horrores cometidos pelo regime nazista,

¹²⁰ JUDT, 2008, p. 68.

houve consenso na comunidade internacional no sentido de que o princípio da legalidade e da anterioridade deveriam ceder diante da justiça; a ruptura perpetrada pelo regime nazista invocava tal providência na medida em que a inovação criminosa que este regime trouxe a lume maculou tudo o que se poderia conceber a título de dignidade da pessoa humana¹²¹:

É certo que a um tribunal internacional – como foi o de Nuremberg – poder-se-ia objetar que decidiria com base numa lei retroativa. Entretanto, num caso como o genocídio o não-cumprimento do *nullum crimen, nulla poena sine lege* é uma exigência da justiça, pois é justamente o ineditismo do delito- “O Milagre Negro” da ruptura com a tradição – que não permitiu sua prévia tipificação em lei. Daí o consenso da comunidade internacional quanto ao tema da retroatividade, ao fazer da repressão ao genocídio um imperativo de ordem pública.

A resposta seria dada pelo Tribunal de Nuremberg, contudo, sem caráter de vingança ou revanchismo, a despeito da alegação de que teria sido um processo de vencedor e, não obstante tratar-se de um Tribunal *ad hoc*, deveria ser observado o processo legal, com a oportunização de defesa aos acusados e de representação legal¹²², o Tribunal, nesse sentido, foi de grande relevância para o aprimoramento do Direito Internacional Penal¹²³:

Nuremberg, como o Direito do momento do segundo pós-guerra tece como nota básica situar no âmbito do Judiciário a reação dos vencedores aos crimes do nazismo. Se é certa a afirmação de que as potências vitoriosas criaram um Direito Internacional Penal *ad hoc* através do estatuto do Tribunal, é igualmente válido dizer-se que elas o fizeram sem desvio de poder, pois não incidiram na tentação das represálias e das violências incontroladas. Esta conquista da consciência jurídica teve desdobramentos importantes no tempo, pois Nuremberg não se esgotou nas sentenças de um tribunal *ad hoc*, mas acabou se convertendo no momento inicial que levou à afirmação, no plano do Direito Positivo, de um Direito Internacional Penal.

Flávia Piovesan¹²⁴ também rebate as críticas ao Tribunal, destacando o papel crucial do Tribunal de Nuremberg para a justicialização dos Direitos Humanos no plano internacional:

¹²¹ LAFER, 1988, p. 181.

¹²² Cf. Tony Judd, em muitos dos primeiros casos julgados, vários acusados escaparam de qualquer tipo de pena: “Os advogados desses indivíduos se valeram do sistema anglo-americano de justiça inquisitorial, interrogando e humilhando testemunhas e sobreviventes de campos de concentração.” (JUDT, 2008, p. 68)

¹²³ LAFER, 1988, p. 169.

¹²⁴ PIOVESAN, 2006b, p. 38-39.

Não obstante essas críticas, o significado do Tribunal de Nuremberg para o processo de justicialização dos direitos humanos é duplo: não apenas consolida a ideia da necessária limitação da soberania nacional como reconhece que os indivíduos têm direitos protegidos pelo Direito Internacional. Testemunha-se, desse modo, mudança significativa nas relações interestatais, o que vem a sinalizar transformações na compreensão dos direitos humanos.

No mesmo sentido, destaca Tony Judt, asseverando que a despeito das críticas de muitos no sentido de que Nuremberg teria sido justiça de vencedor, os seus julgamentos “(...) *foram também julgamentos legítimos de criminosos autênticos acusados de comportamentos nitidamente delituosos e abriram precedentes vitais para a jurisprudência internacional das décadas subsequentes* (...)”¹²⁵.

Em 1950, por solicitação da Assembleia Geral da ONU feita em 1947, os princípios de Nuremberg foram sistematizados pela Comissão de Direito Internacional da ONU na forma de sete princípios, servindo de orientação para a elaboração de documentos internacionais posteriores, que se prestaram à tutela dos direitos humanos, dentre eles, a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, de 11 de dezembro de 1948, em vigor a partir de 12 de janeiro de 1950. Além disso, os princípios de Nuremberg embasaram o julgamento de *Eichmann*, o qual, a despeito de críticas, não fora julgado por uma Corte Internacional, mas sim capturado na Argentina e julgado em Israel por uma Corte deste estado, sua condenação fora embasada na lei penal israelense de 1950, a qual fora inspirada nos princípios de Nuremberg¹²⁶.

No que toca aos Direitos Humanos, Nuremberg além de enunciar os crimes contra humanidade em seu estatuto, o qual serviu de norte para uma série de documentos legais ulteriores para a tutela dos Direitos Humanos, prestou-se a consolidar a ideia de uma jurisdição internacional para a tutela dos Direitos Humanos; surgia a releitura do conceito de soberania estatal a qual estaria condicionada à observância das normas de Direitos Humanos, abrindo caminho para as demais Cortes Internacionais que estariam por vir, dentre elas o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.

¹²⁵ JUDT, loc. cit.

¹²⁶ LAFER, 1988, p. 175.

3.4 O TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL PARA O EXTREMO ORIENTE (TRIBUNAL DE TÓQUIO)

Em 03 de maio de 1946 começa o julgamento dos acusados de crimes de guerra pelo Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente, ou Tribunal de Tóquio, como assim também ficou conhecido. Segundo Bazelaire e Cretin, os fundamentos do Tribunal remontam a 01 de dezembro de 1943, quando na Conferência do Cairo os aliados chineses, britânicos e americanos “(...) *fazem uma declaração comum através da qual explicam que o objetivo da guerra é pôr um fim e punir a agressão japonesa.*”¹²⁷.

O Tribunal fora sediado em Tóquio e composto de 11 juízes provenientes das nações aliadas. Com definições de crimes de guerra, contra a paz e contra a humanidade quase idênticas as de Nuremberg, o Tribunal de Tóquio dispunha de Carta específica, com menos artigos que às daquele.

Também fora consignado na Carta do tribunal que os crimes cometidos em decorrência de ordens recebidas dos superiores hierárquicos não seriam causa de exclusão de responsabilidade, podendo eventualmente constituir em causa de atenuação.

O Tribunal de Tóquio fora repleto de polêmicas, dentre elas, os chineses acusaram o fracasso da Corte pelo não julgamento do Imperador do Japão Hirohito, criminosos de guerra japoneses foram libertados pelos norte-americanos e, a polêmica unidade 731, uma unidade japonesa que realizou experiências médicas com chineses, russos e americanos na cidade chinesa de Harbin, onde cerca de nove mil pessoas teriam morrido em decorrência de tais experiências, em que os médicos japoneses que lá atuaram não teriam sido processados e, viveram tranquilamente no Japão, exercendo suas profissões¹²⁸.

Outra crítica seria quanto à orientação norte-americana no curso dos trabalhos do tribunal, principalmente, tendo em conta a adoção do regime comunista pela China.

Em Tóquio, o Procurador-Chefe é proveniente dos Estados Unidos enquanto os Procuradores dos países aliados são apenas assistentes daquele, ainda, o

¹²⁷ BAZELAIRE; CRETIN, 2004, p. 27.

¹²⁸ Ibid., p. 37.

general norte-americano McArthur, comandante-chefe, tinha poderes de escolher os Juízes e, reduzir as penas pronunciadas.

Enquanto em Nuremberg, além das pessoas, também foram a julgamento organizações, tais como o partido nazista; em Tóquio, somente pessoas físicas foram julgadas.

A despeito de tais críticas, o papel do Tribunal de Tóquio ao lado do de Nuremberg é extremamente relevante para firmar os primeiros passos para a elaboração da justicialização internacional tanto do Direito Penal, quanto dos Direitos Humanos. Tais Tribunais traduziram uma necessidade sentida pela comunidade internacional no sentido da instauração de Cortes Internacionais para atuarem quando os sistemas legais internos falham ou são subvertidos a uma ordem que se preste a atingir fins ilícitos, por meio de meios tão ilícitos quanto.

3.5 OS TRIBUNAIS *AD HOC* PARA A EX-IUGOSLÁVIA (TPII) E RUANDA (TPIR)

O Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia fora criado em 25 de maio de 1993 pela Resolução 827 do Conselho de Segurança da ONU, tendo em conta

(...) a reação de instâncias internacionais ao que se passa há dois anos no território da ex-Iugoslávia: massacres, expulsões, deslocamento de populações visando à purificação étnica, em nome da qual os nacionalistas sérvios tentam – primeiro na Croácia e depois na Bósnia-Herzegovina (antes dos acontecimentos de Kosovo de 1998 e 1999) – fazer com que partam de determinadas regiões habitantes não-sérvios.¹²⁹

Este Tribunal, fora o primeiro Tribunal *ad hoc* desde Nuremberg, fora instalado para apreciar violações graves e repetidas à Convenção de Genebra e das leis humanitárias¹³⁰:

A credibilidade deste Tribunal Penal Internacional não é imediata e vários são aqueles, cínicos ou simplesmente derrotistas, que estão convencidos de sua incapacidade de agir de modo eficaz. Ele é muito mais uma resposta simbólica dos membros do Conselho de Segurança diante de sua impotência em por um fim aos massacres na Bósnia. O gesto é ainda mais simbólico considerando-se que este Tribunal é o primeiro desde Nuremberg.

¹²⁹ BAZELAIRE; CRETIN, 2004, p. 51.

¹³⁰ Ibid., p. 53-54.

Entretanto, o TPII não permanece apenas como um símbolo; ele conhece até mesmo um sucesso rápido cuja apoteose é incriminação de Slobodan Milosevich e de quatro de seus próximos em plena guerra de Kosovo. O mínimo que podemos dizer é que o símbolo é a partir daí profundamente impresso na realidade da vida internacional. Para alguns, o outro aspecto da realidade é que o TPII é “vítima de seu sucesso” e que os dossiês ligados aos “terríveis excessos cometidos em Kosovo vão fazer explodir a carga de trabalho do tribunal”.

Outro Tribunal *ad hoc* que merece menção é o que foi criado por meio da Resolução 935 do Conselho de Segurança da ONU, em julho de 1994, para apurar as “*violações humanitárias ocorridas na guerra civil em Ruanda*”¹³¹, os dados são alarmantes,

Entre abril e julho de 1994, Ruanda conhece um genocídio de uma rara intensidade cujo número de mortos oscilaria entre 500 mil e um milhão; genocídio reconhecido pelas Nações Unidas. Trata-se na realidade de um acesso de ódio tribal entre as etnias hutu e tutsi em conflito desde os tempos longínquos e, mais ainda, desde a independência.¹³²

A competência material para o TPIR versa sobre o genocídio, os crimes contra a humanidade e as violações do artigo terceiro, comum às Convenções de Genebra de 1949 e ao protocolo adicional, em seu artigo quarto.

Afirmam Bazelaire e Cretin¹³³ que o Tribunal para Ruanda é ainda mais *ad hoc* que o da ex-Iugoslávia:

O TPIR é encarregado de julgar qualquer pessoa considerada responsável por atos de genocídio e outras violações graves do direito internacional humanitário cometidos no território de Ruanda, e os cidadãos ruandeses considerados responsáveis pelos mesmos atos e violações cometidos no território de Estados vizinhos entre 1o de janeiro e 31 de dezembro de 1994. A competência deste novo Tribunal Penal Internacional é certamente restringida ao mínimo simultaneamente no tempo, no espaço e até mesmo em matéria de nacionalidade. O TPIR é ainda mais *ad hoc* do que o da ex-Iugoslávia.

Os dois Tribunais referidos supra também foram alvos de algumas críticas, dentre elas, por serem Tribunais *ad hoc* estariam a violar o princípio do juiz natural, bem como, que haveria certa seletividade política na criação destes tribunais¹³⁴, por exemplo. Contudo, os Tribunais para a ex-Iugoslávia e Ruanda se prestaram a subsidiar a ideia que há muito vinha sendo aventada, desde 1948, por meio da

¹³¹ PIOVESAN, 2006b, p. 40.

¹³² BAZELAIRE; CRETIN, 2004, p. 57.

¹³³ Ibid., p. 52-53.

¹³⁴ Ibid., p. 63.

Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, no sentido da criação de uma Corte Penal Internacional Permanente, o que de fato veio a acontecer com a criação do Tribunal Penal Internacional.

3.6 O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Criado em julho de 1998 por meio da Conferência de Roma e situado em Haia, nos Países Baixos, o Tribunal Penal Internacional teve então seu estatuto aprovado. Com a natureza de uma Corte permanente, de caráter complementar às jurisdições nacionais, assenta-se no

(...) primado da legalidade, mediante uma justiça preestabelecida, permanente e independente, aplicável igualmente a todos os Estados que a reconhecem, capaz de assegurar direitos e combater a impunidade, especialmente a dos mais graves crimes internacionais.¹³⁵

Consoante referido supra, a Corte Penal Internacional (CPI) não observa o princípio da universalidade, eis que somente pode atuar para os fatos cometidos pelos Estados-partes. Quanto à sua permanência, a CPI somente tem competência *ex nunc*, para fatos ocorridos após a sua criação¹³⁶.

Bazelaire e Cretin apontam uma contradição entre qualificar os crimes contra a humanidade de imprescritíveis e criar uma Corte Internacional para apurar tais violações que somente se preste a apurar fatos ocorridos após a sua instituição¹³⁷.

Philippe Kirsch¹³⁸ afirma que

Para entender o Estatuto da Corte Penal Internacional é preciso lembrar que este não foi imposto pelo Conselho de Segurança; ele foi negociado. Essas negociações ocasionaram tensão constante entre a lógica da jurisdição penal internacional e a lógica da soberania.

A CPI tem competência para apurar os crimes relacionados no artigo quinto do Estatuto de Roma, quais sejam, os crimes de genocídio, contra a humanidade, de

¹³⁵ PIOVESAN, 2006b, p. 47.

¹³⁶ BAZELAIRE; CRETIN, 2004, p. 64.

¹³⁷ Ibid.

¹³⁸ KIRSCH, 2004, p. 03.

guerra e de agressão, assim qualificados pelo *caput* deste artigo como os crimes mais graves que afetam a comunidade em seu conjunto.

Os artigos sexto, sétimo e oitavo definem os crimes de genocídio, contra a humanidade e de guerra, respectivamente. Quanto ao crime de agressão, o parágrafo segundo do artigo quinto dispõe que a competência da Corte poderá ser exercida desde que se defina este crime e sejam enunciadas as condições em que Corte poderá exercer sua competência para apurá-lo.

A complementaridade da CPI, na qual esta somente poderá agir na hipótese de inércia do Estado em apurar as violações é um requisito de admissibilidade para o conhecimento da questão submetida àquela Corte Internacional. Ressalta-se, todavia, que uma vez constatado que o Estado-parte é incapaz de proceder corretamente à persecução penal, ou comporta-se de forma questionável com relação a tal procedimento, procedendo de maneira parcial ou retardando injustificadamente o procedimento, fica suprido o requisito de admissibilidade, podendo a questão ser apreciada pelo Tribunal Penal Internacional.

Dentre as críticas à CPI cabe mencionar que em decorrência de ele ter se dado como fruto de várias e dificultosas negociações, seu estatuto estaria muito aquém daqueles dos Tribunais para a ex-Iugoslávia e Ruanda. Ainda, os defensores da soberania destacam que o Tribunal se prestaria mais a atizar os conflitos do que evitá-los, dada a ingerência na soberania nacional¹³⁹.

O Tribunal Penal Internacional ainda carece de um sistema coativo, que se preste a fazer valer os seus mandados de prisão, e aplicação das demais penas cominadas; não dispõem os Tribunais Penais Internacionais de meios para executar suas próprias decisões, tendo que valer-se dos Estados e soldados das forças internacionais¹⁴⁰.

A aceitação da Corte Penal Internacional não fora absoluta, mas ela revela importante passo rumo à concretização de um sistema global para a tutela dos Direitos Humanos; ainda que em matéria criminal e, com suas deficiências, ela é de fato um instrumento hábil a atuar de forma conjunta e complementar com os demais sistemas internacionais de proteção dos Direitos Humanos.

¹³⁹ BAZELAIRE; CRETIN, 2004, p. 63.

¹⁴⁰ Ibid., p. 99.

4 OS SISTEMAS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Os Tribunais Internacionais de Nuremberg e Tóquio serviram de importante referencial para a justicialização do Direito em âmbito internacional. A construção de uma teoria de Direitos fundamentais e sua ruptura quando da II Guerra mundial tomou novo fôlego no II pós-guerra; estes direitos fundamentais ganharam relevância internacional, não podendo mais ser enunciados como direitos deste ou daquele estado, são direitos de toda a humanidade, atingiram um *status* internacional, são Direitos Humanos, inerentes à pessoa humana, de cunho universal, indivisível, de dimensão cosmopolita.

A ruptura perpetrada pelo totalitarismo demonstrou que já não bastava mais enunciar os Direitos Humanos, deveria haver meios para garantir a sua aplicação, a sua eficácia, bem como evitar violações a eles, com o escopo de garantir a dignidade da pessoa humana.

Ao lado de uma série de iniciativas em várias searas para a implementação, efetivação e garantia dos Direitos Humanos.

Em âmbito global, a ONU, instituída pela Carta das Nações Unidas em 1945, que já continha algumas disposições sobre Direitos Humanos, institui a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, bem com os pactos dos direitos civis e políticos (1966) e o pacto dos direitos econômicos e sociais (1922), a Convenção para a Repressão do Crime de Genocídio (1948), a Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, o Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes; a Convenção sobre a Eliminação de Todas as formas de Discriminação contra a Mulher (1979); o Protocolo Facultativo sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Contra a Mulher (1999), a Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989).

Paralelamente, em âmbito regional surgem sistemas de proteção dos Direitos Humanos, inspirados pela noção internacional da necessidade de sua proteção em âmbito supraestatal, nesse sentido, há que se referir à Convenção Europeia de Direitos Humanos adotada em 04 de novembro de 1950, pelo Conselho da Europa, de 05 de maio de 1949. A aludida convenção, ou Convenção Europeia para a

Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais passou a vigorar em 03 de setembro de 1953.

No âmbito do continente Americano, fora editada em 1948 a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, sendo que no mesmo ano fora editada a Carta Internacional Americana de Garantias Sociais. A Declaração Americana de 1948 fora, nos dizeres de Cançado Trindade, “(...) a base normativa central da matéria no período que antecede a adoção da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em 1969.”¹⁴¹

Ainda, em âmbito regional, surge o sistema Africano de proteção dos Direitos Humanos e dos Povos, com a Edição da Carta respectiva em 1981. Não obstante a adoção tardia pelo Continente Africano de um sistema de proteção de Direitos Humanos, há que se fazer ressalva ao período de descolonização¹⁴² que o Continente passou durante o II pós-guerra, além de graves violações aos Direitos Humanos experimentados naquele continente em vários Estados¹⁴³, reafirmando o princípio da autodeterminação dos povos nos mais recentes e importantes documentos de proteção dos Direitos Humanos aprovados pela ONU, tais como, por exemplo, o Pacto sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o pacto sobre Civis e Políticos, de 1966, como resta observado por Bobbio¹⁴⁴.

Talvez, um dos fenômenos mais interessantes e evidentes do crescimento do problema dos direitos do homem seja aquele relacionado com o processo de descolonização, o qual teve lugar de modo mais decisivo – é bom recordar – depois da Declaração Universal. Pois bem: na Declaração sobre a Concessão da Independência aos Países e Povos Coloniais (aprovada em 14 de dezembro de 1960), temos a habitual referência genérica aos direitos do homem globalmente considerados, mas temos também algo mais: a afirmação – desde o primeiro artigo – de que “a

¹⁴¹ CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 33.

¹⁴² Sobre descolonização, vide site da ONU (2010): “*Hoping to speed the progress of decolonization, the General Assembly adopted, in 1960, the Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples. Known as the Declaration on decolonization, it stated that all people have a right to self-determination and proclaimed that colonialism should be brought to a speedy and unconditional end. In 1962 the General Assembly established the Special Committee on Decolonization to monitor implementation of the Declaration and to make recommendations on its application. In 1990, the General Assembly proclaimed 1990-2000 as the International Decade for the Eradication of Colonialism and adopted a Plan of Action. In 2001, the Second International Decade for the Eradication of Colonialism was proclaimed.*”

¹⁴³ Cf. Flávia Piovesan: “A recente história do sistema regional africano revela, sobretudo, a singularidade e a complexidade do continente africano, a luta pelo processo de descolonização, pelo direito de autodeterminação dos povos e pelo respeito às diversidades culturais. Revela, ainda, o desafio de enfrentar graves e sistemáticas violações aos direitos humanos.” (PIOVESAN, 2006b, p. 119)

¹⁴⁴ BOBBIO, 2004, p. 35-36.

sujeição dos povos ao domínio estrangeiro é uma negação dos direitos fundamentais do homem”.

Portanto, torna-se evidente que, ao lado da afirmação dos direitos de cada homem, aos quais se refere de modo exclusivo a Declaração Universal, tornou-se agora madura – através do processo de descolonização e da tomada de consciência dos novos valores que ele expressa – a exigência de afirmação dos direitos fundamentais dos povos, que não estão necessariamente incluídos nos primeiros. Chegou-se ao ponto de acolher o princípio de autodeterminação dos povos como primeiro princípio, ou princípio dos princípios, nos últimos e mais importantes documentos relativos aos direitos do homem, aprovados pelas Nações Unidas.

Contudo, além da enunciação dos Direitos Humanos por meio de Declarações e Convenções, em decorrência das graves violações que ocorreram durante o regime nazista, o receio de que uma nova ordem pudesse restabelecer o regime de atrocidades anteriormente ocorrido, alimentou a ideia de que haveria a necessidade de dotar os sistemas de proteção de Jurisdição, uma Jurisdição supra-estatal para agir de forma complementar e subsidiária aos regimes jurídicos internos dos Estados, esta Jurisdição Internacional se justificava diante da dimensão cosmopolita atingida pelos Direitos Humanos, ou seja, restava mais do que evidente a necessidade de sua justicialização em âmbito internacional, como afirmou Norberto Bobbio¹⁴⁵:

Deve-se recordar que o mais forte argumento adotado pelos reacionários de todos os países contra os direitos do homem, particularmente contra os direitos sociais, não é sua falta de fundamento, mas sua inexecutabilidade. Quando se trata de enunciá-los, o acordo é obtido com relativa facilidade, independentemente do maior ou menor poder de convicção de seu fundamento absoluto; quando se trata de passar à ação, ainda que o fundamento seja inquestionável, começam as reservas e as oposições. O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não tanto de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*. Trata de um problema não filosófico, mas político.

De fato, já não bastava mais enunciar os Direitos Humanos, a ausência de um sistema jurisdicional para a sua tutela poderia implicar que as Declarações, Convenções, Pactos e Protocolos se transformassem em letra morta. Daí o surgimento de Cortes Internacionais para tanto.

Os sistemas regionais foram além ao estabelecerem Cortes no seu âmbito para a apreciação e julgamento de casos em matéria de Direitos Humanos, o que não aconteceu no âmbito do sistema global de proteção dos Direitos Humanos. Apesar da Corte Internacional de Justiça da ONU, os Tribunais *ad hoc* para a ex

¹⁴⁵ BOBBIO, 2004, p. 23.

Iugoslávia e Ruanda, e do Tribunal Penal Internacional, com jurisdição criminal, não existe, contudo, uma Corte especializada para o julgamento de violações contra os Direitos Humanos no âmbito das Nações Unidas¹⁴⁶.

No caso do Continente Americano, o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos dispõe de uma Corte para apreciação e julgamento de casos envolvendo Direitos Humanos, conforme consta da Convenção Americana de 1969. Esta Corte será objeto de Estudo em capítulo posterior.

¹⁴⁶ PIOVESAN, 2006b, p. 56.

5 O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

5.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos faz parte da Organização dos Estados Americanos – OEA¹⁴⁷, a qual já estava sendo concebida por ao final do século IXX, contudo, em 1945, tendo em conta o final da II Guerra Mundial e, a destruição perpetrada por ela, os Ministros de Estados do Continente Americano passaram se reunir e discutir os problemas da Guerra e a idealizar um sistema visando ao relacionamento entre os Estados do continente, a manutenção da paz, e a proteção dos Estados do Continente Americano ante ameaças externas, o que ficava ainda mais ressaltado tendo em vista o início do período da “Guerra Fria”¹⁴⁸, demonstrando novamente que a noção de Direitos Humanos e sua

¹⁴⁷ “The Organization of American States (OAS) is the world’s oldest regional organization, dating back to the First International Conference of American States, which was held in Washington, D.C. from October 1889 to April 1890. At that conference, the establishment of the International Union of American Republics was approved and the stage was set for the weaving together of a web of provisions and institutions that came to be known as the inter-American system, the oldest of the international institutional systems. The OAS came into being in 1948 with the signing, in Bogotá, Colombia, of the Charter of the OAS. The Charter entered into force in December 1951 and was subsequently amended by the Protocol of Buenos Aires, which was signed in 1967 and which entered into force in February 1970; by the Protocol of Cartagena de Indias, which was signed in 1985 and which entered into force in November 1988; by the Protocol of Managua, which was signed in 1993 and which entered into force on January 29, 1996; and by the Protocol of Washington, which was signed in 1992 and which entered into force on September 25, 1997. The OAS was established to achieve among its member states, as stated in Article 1 of its Charter, “an order of peace and justice, to promote their solidarity, to strengthen their collaboration, and to defend their sovereignty, their territorial integrity, and their independence.” Today it comprises the 35 independent states of the Americas and has granted permanent observer status to 63 states, as well as to the European Union. The Organization of American States constitutes the principal political, juridical, and social governmental forum in the Hemisphere. The OAS uses a four-pronged approach to effectively implement its essential purposes, based on its pillars: democracy, human rights, security, and development”. (OAS, 2010)

¹⁴⁸ “Apart from those Conferences, there were also Meetings of Ministers of Foreign Affairs and special meetings, such as the 1945 Conference on Inter-American Problems of War and Peace in Mexico City, to discuss joint activities to be undertaken by the American States consistent with the United Nations, which was then in the process of being established, or the Inter-American Conference for the Maintenance of Continental Peace and Security, convened in Rio de Janeiro, Brazil, in 1947, which adopted the Inter-American Treaty of Reciprocal Assistance, in the aftermath of the World War II and as the Cold War began to loom, in order to ensure legitimate collective self-defense in the event of an attack from a foreign power from outside the region and to decide on joint actions in the event of a conflict between two States Parties to the Treaty. Throughout this period, numerous agreements were adopted that established the basic principles of what would later become the OAS.” (Ibid.)

emergência no período do II pós-guerra se deu vinculada ao Direito Humanitário, oriundo do Direito de Guerra. Após várias tratativas, em 1948, com a assinatura do Pacto de Bogotá¹⁴⁹, passa a existir a Organização dos Estados Americanos.

Também em 1948 fora assinada a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, a qual teria sido a base normativa para a atual Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969¹⁵⁰. A Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem fora adotada em abril de 1948, ou seja, oito meses antes da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Nos mesmos moldes da Declaração Universal de 1948, a Declaração Americana tratou dos direitos humanos de forma integral, contemplando direitos civis, políticos, econômicos, culturais e sociais, ao contrário da Convenção de 1949, em que tais direitos foram tratados em protocolos adicionais.

Ainda antes do Pacto de San José da Costa Rica, surgia a Comissão Interamericana de Direitos Humanos que resultou da Resolução VIII da V Reunião de Consulta dos Ministros de Relações Exteriores ocorrida em 1959, com a finalidade de promoção dos Direitos Humanos. Em 1965, a Comissão passa a ter poderes de receber petições ou comunicações acerca de violações de Direitos Humanos¹⁵¹.

O funcionamento da Comissão antes mesmo do advento da Convenção Americana promoveu um avanço para o Sistema Interamericano:

A atuação da Comissão Interamericana, já bem antes da entrada em vigor da Convenção Americana, foi certamente um elemento decisivo para a evolução do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Até 1975, por exemplo, tinha a Comissão examinado mais de 1.800

¹⁴⁹ “The Ninth International Conference of American States, meeting in Bogotá, Colombia, in 1948, with the participation of 21 States, adopted the Charter of the Organization of American States, the American Treaty on Pacific Settlement (“Pact of Bogotá”), and the American Declaration on the Rights and Duties of Man. The same Conference also adopted the Economic Agreement of Bogotá, which sought to advance economic cooperation among the American States. However, it never entered into force. Like the OAS Charter itself, the “Pact of Bogotá” obliges the High Contracting Parties to settle controversies between American States by peaceful means and lists the procedures to be followed: mediation, investigation and conciliation, good offices, arbitration, and, failing that, recourse to the International Court of Justice of The Hague, which meant that some controversies were in fact brought before that Court. The American Declaration on the Rights and Duties of Man, adopted months earlier than the Universal Declaration, underscored the region’s commitment to international protection of human rights and paved the way for the subsequent adoption of the American Convention on Human Rights (“Pact of San José,” Costa Rica), which was adopted in 1969 and entered into force in 1978.” (OAS, 2010)

¹⁵⁰ Vide a nota de rodapé n. 115, *in fine* e, também, no mesmo sentido, CANÇADO TRINDADE, 2003. p. 33.

¹⁵¹ CANÇADO TRINDADE, op. cit., p. 35.

comunicações sobre direitos humanos, obra considerável para um órgão até então operando solitariamente, sem que a Convenção tivesse entrado em vigor. EM fins de 1978 (ano da entrada em vigor da Convenção Americana), já chegavam a 3.200 os casos examinados pela Comissão (compreendendo mais de dez mil vítimas, de 18 ou 19 países); isto significa que a Comissão considerou 20% dos casos em seus primeiros quinze anos de atuação, e aproximadamente 80% dos casos – até a entrada em vigor da Convenção Americana – no período de cinco anos entre 1973 e 1978. Posteriormente, de 1978 até meados de 1985, outras 6.666 petições ou comunicações foram recebidas pela Comissão,- total que, ao início dos anos noventa, ultrapassou 10.000 comunicações.¹⁵²

Como será visto adiante, o papel da Comissão é de fundamental importância para o Sistema Interamericano, analisando casos, realizando relatórios, atuando como instância prévia ao acesso à Corte Interamericana, dentre outras atribuições que serão melhor analisadas em capítulo posterior.

Em 1969, é editada a Convenção Interamericana de Direitos Humanos na Conferência Interamericana Especial sobre Direitos Humanos realizada em San José da Costa Rica neste ano, tendo a Convenção ficado conhecida como o Pacto de San José da Costa Rica, entretanto, a Convenção somente entrou em vigor quase 10 anos depois, em 1978.

A Convenção não tratou especificamente de direitos econômicos sociais e culturais, atendo-se mais aos Direitos Civis e Políticos, aos quais dedicou atenção dos arts. 3 ao art. 25. Quanto aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o art. 26 da Convenção estipula seu desenvolvimento progressivo, quando os Estados - partes devem tomar as providências tanto no âmbito interno, quanto em cooperação internacional para que seja conferida plena efetividade aos direitos que decorrem de normas econômicas, sociais, culturais que tratem de ciência e educação.

Somente em 17 de novembro de 1988 fora adotado o Protocolo Adicional à Convenção de Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o qual entrou em vigor em 16 de novembro de 1999. Tal protocolo ficou conhecido como o Protocolo de San Salvador, o qual, nas palavras de Cançado Trindade, se prestou a suprir “*a lacuna histórica das insuficiências do artigo 26 da Convenção*”¹⁵³, fazendo menção, em seguida, a críticas que foram tecidas ao Protocolo:

¹⁵² CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 43.

¹⁵³ Ibid., p. 84.

No plano doutrinário, h[á] autores que preferiam que a Convenção Americana tivesse procedido a uma regulamentação distinta (superando a dicotomia entre os direitos civis e políticos, por um lado, e os direitos econômicos, sociais e culturais, por outro), estendendo proteção a todas as “categorias” de direitos.

Houve também um segundo protocolo, qual seja o Protocolo quanto à Abolição da Pena de Morte (1990). Há também que referir à edição de convenções setoriais, tais como a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a tortura (1985); a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas (1994); a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994) e a Convenção Interamericana sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiências (1999).

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos, como sistema regional que é, age de forma conjunta, complementar com o Sistema Global. As normas que versem sobre Direitos Humanos editadas pelo Sistema se situam num plano vertical com o Direito Interno e, num plano horizontal com o Sistema Global, prevalecendo sempre o critério da norma mais favorável em matéria de Direitos Humanos:

O instrumento global deve conter um parâmetro normativo mínimo, enquanto o instrumento regional deve ir além, adicionando novos direitos, aperfeiçoando outros, levando em consideração as diferenças peculiares em uma mesma região ou entre uma região e outra. O que inicialmente parecia ser uma séria dicotomia – o sistema global e o sistema regional de direitos humanos – tem sido solucionado satisfatoriamente em uma base funcional.

Logo, os sistemas global e regional não são dicotômicos; ao revés, são complementares. Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal, compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos no plano internacional. Vale dizer, os diversos sistemas de proteção dos direitos humanos interagem em benefício dos indivíduos protegidos.

O princípio da coexistência de distintos instrumentos jurídicos – garantindo os mesmos direitos – é, pois, ampliar e fortalecer a proteção dos direitos humanos. O que importa é o grau de eficácia da proteção, e, por isso, deve ser aplicada a norma que no caso concreto melhor proteja a vítima.¹⁵⁴

A adoção de protocolos e convenções setoriais pelo Sistema Interamericano demonstra sua evolução e sua constante construção e aperfeiçoamento. Conforme referido supra, os sistemas regionais vão se alinhando entre si e com o sistema Global. Este alinhamento com os sistemas regionais pode ser verificado, por exemplo, no caso da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a tortura de

¹⁵⁴ PIOVESAN, 2006b, p. 54.

1985, a qual fora adotada com antecedência de dois anos da Convenção Europeia que trata do mesmo assunto e, apenas um ano depois da Convenção das Nações Unidas¹⁵⁵, reforçando a ideia da dimensão cosmopolita inerente aos Direitos Humanos, demonstrando o seu caráter de universalidade e indivisibilidade.

5.2 A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (O PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA)

Conforme já referido anteriormente, o Pacto de San José da Costa Rica fora adotado em 1969, tendo entrado em vigência a partir de 1978.

A Convenção Americana em seu preâmbulo ressalta o princípio Democrático, no qual se constata a ideia de que não se revela possível a concretização dos Direitos Humanos em regimes não democráticos:

Reafirmando seu propósito de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos humanos essenciais;

Ainda, a dimensão cosmopolita dos Direitos Humanos fica evidente da Convenção quando reconhecem a sua proteção internacional, aludindo aos conceitos de cidadania e hospitalidade universal ao asseverar que tais direitos não decorrem do fato da pessoa humana deter da nacionalidade de determinado estado, mas sim, que tais direitos são essenciais a ela.

Reconhecendo que os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados Americanos.

O trecho do preâmbulo supra também refere o caráter complementar da Convenção Americana com relação ao Direito Interno, demonstrando que os Direitos Humanos não se esgotam na Convenção, mas sim se somam aos demais direitos

¹⁵⁵ CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 86.

fundamentais reconhecidos no âmbito interno dos Estados. Da mesma forma se verifica a complementaridade e a interação da Convenção com os demais instrumentos de proteção em nível global, que não se excluem, mas antes, se complementam, revelando, novamente a noção da dimensão cosmopolita dos Direitos Humanos, enunciados por organizações de Estados que se reúnem numa Liga de Nações na tutela dos direitos essenciais à garantia da dignidade da pessoa humana e manutenção da paz:

Considerando que esses princípios foram consagrados na Carta da Organização dos Estados Americanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos do Homem, e que foram reafirmados e desenvolvidos em outros instrumentos internacionais, tanto de âmbito mundial como regional.

A dignidade da pessoa humana só pode ser concretizada se for atendida uma série de requisitos, requisitos estes que devem ser reconhecidos pela ordem jurídicas, os quais, para a efetivação do princípio da dignidade humana, devem ser realizados em conjunto, não bastando a efetivação deste ou daquele direito, daí o caráter de indivisibilidade dos direitos humanos, o qual pode-se depreender da leitura de outro trecho do preâmbulo da Convenção Americana:

Reiterando que, de acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos;

Importante destacar o art. 29 da Convenção Americana o qual dispõe sobre as normas de interpretação da aludida Convenção:

Artigo 29 – Normas de interpretação

Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de:

1. permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
2. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados;
3. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo;
4. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração

Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

Desta forma, não caberá manobras, quer sejam legislativas ou mesmo judiciais para a limitação dos direitos assegurados na Convenção. As hipóteses de limitação constam da própria Convenção por ocasião de seu art. 27, cuja leitura deve se dar em conjunto com o art. 30. Saliente-se que o art. 31 da Convenção deixa claro que o rol de Direitos Humanos reconhecidos pela Convenção não é taxativo, dispondo poder serem incluídos sob o regime de proteção da Convenção outros direitos e liberdades, os quais devem ser reconhecidos de acordo com os procedimentos então estabelecidos.

A cláusula federal disposta no art. 28 da Convenção estabelece as obrigações a serem assumidas pelos Estados, disciplinando como proceder em caso de Estados Federais, quanto à responsabilização e assumpção das prescrições, recaindo sobre a União em caso de Estados Federais a responsabilidade pelo cumprimento das prescrições da Convenção, ainda que a violação aos Direitos Humanos tenha sido perpetrada por um Estado-membro da União:

Artigo 28 – Cláusula federal

1. Quando se tratar de um Estado-parte constituído como Estado federal, o governo nacional do aludido Estado-parte cumprirá todas as disposições da presente Convenção, relacionadas com as matérias sobre as quais exerce competência legislativa e judicial.
2. No tocante às disposições relativas às matérias que correspondem à competência das entidades competentes da federação, o governo nacional deve tomar imediatamente as medidas pertinentes, em conformidade com sua Constituição e com suas leis, a fim de que as autoridades competentes das referidas entidades possam adotar as disposições cabíveis para o cumprimento desta Convenção.
3. Quando dois ou mais Estados-partes decidirem constituir entre eles uma federação ou outro tipo de associação, diligenciarão no sentido de que o pacto comunitário respectivo contenha as disposições necessárias para que continuem sendo efetivas no novo Estado, assim organizado, as normas da presente Convenção.

A Convenção além de estabelecer deveres aos Estados em seus arts. 1 e 2, consistentes, por exemplo, na observância aos direitos garantidos na convenção e de adotar disposições de direito interno de acordo com as suas orientações, ainda estabelece deveres às pessoas no art. 32, estabelecendo a obrigação destas para com a família, a comunidade e a humanidade, limitando o gozo dos direitos aos direitos das outras pessoas, segurança de todos, bem comum e democracia.

Já fora referido anteriormente a preocupação da Convenção em enunciar os Direitos Civis e Políticos, assegurando o direito à vida, à liberdade, à propriedade, ao devido processo legal, igualdade, direito à nacionalidade, direito de circulação e residência, dentre outros. Quanto aos direitos econômicos, sociais e culturais, estes restaram apenas evidenciados no art. 26, que conferiu a eles uma dimensão progressiva, não os enunciando na Convenção, o que somente veio a acontecer quando da edição do Protocolo de San Salvador anos depois.

Não bastaria à Convenção enunciar uma série de direitos sem estabelecer meios para sua tutela, assim é que a Convenção estabeleceu a Comissão e a Corte Interamericanas de Direitos Humanos, que serão analisadas em momento posterior.

Lamentavelmente, nem todos os Estados aderiram à Convenção Americana, dentre os Estados Unidos que, no âmbito da OEA e em se tratando de Direitos Humanos ainda responde nos termos da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e, quanto ao Brasil, somente veio a manifestar sua adesão à Convenção Americana de Direitos Humanos em 1992¹⁵⁶.

Dos 35 Estados-membros da OEA, 24 são membros da Convenção Americana¹⁵⁷, sendo que o Brasil somente veio aderir à Convenção em 25 de setembro de 1992. Apesar da ativa atuação da delegação brasileira na Convenção em San José da Costa Rica, não houve adesão de imediato à Convenção. Na época, alegou-se que o Brasil precisaria analisar a viabilidade de conformar a Convenção com direito interno; contudo, à época estava a vigor o regime autoritário da ditadura militar, o que explica a adesão tão tardia do Brasil à Convenção¹⁵⁸:

Recordou o Consultor Jurídico do Itamaraty (A . A . Cançado Trindade) em seu parecer que, em diversas ocasiões, a partir dos anos quarenta, manifestava-se o Brasil em favor da proteção internacional dos direitos humanos, e teve participação ativa na fase legislativa de elaboração dos instrumentos internacionais de proteção (inclusive apresentando projetos); somente a partir dos anos sessenta afastara-se o Brasil de seu melhor pensamento e sua tradição jurídico-diplomática sobre a matéria, ao mudar sua posição anterior e assumir atitude que, se adequou às vicissitudes do triste ciclo de autoritarismo, ao mesmo tempo curvou-se ante argumentos que revelaram “desconhecimento da matéria” e se mostraram “desprovidos de fundamentação jurídica”.

¹⁵⁶ MRE, 2010.

¹⁵⁷ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010.

¹⁵⁸ CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 619.

Em 1996, o Brasil faz adesão ao Protocolo de San Salvador, sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e também o Protocolo quanto à abolição da Pena de Morte. Todavia, a adesão do Brasil à Corte Interamericana somente se deu em 03 de dezembro de 1998, com a edição do Decreto Legislativo n. 89, com competência da Corte somente para conhecer dos fatos ocorridos a partir do reconhecimento, possibilidade prevista no parágrafo primeiro do art. 62 da Convenção.

A Convenção ainda encontraria resistência de aplicação como no conhecido caso da prisão do depositário fiel. A proibição de prisão por dívidas prevista no parágrafo sétimo do artigo sétimo da Convenção, com exceção do caso do devedor de alimentos, não encontrava correspondência no ordenamento jurídico brasileiro, que permitia aquela modalidade de prisão, com a chancela do Supremo Tribunal Federal – STF, inclusive, o qual entendia que a Convenção deveria ser interpretada de acordo com as limitações impostas pelo art. 5, LXVII da CF/88¹⁵⁹. Somente em 2008, no julgamento do RE 466.343-SP, o STF mudou de posição, passando a reconhecer a impossibilidade da prisão do depositário infiel. No julgamento, entretanto, fora reconhecido que os tratados possuem força normativa supralegal e não constitucional, conforme referem Luís Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli¹⁶⁰:

Porque o STF reconheceu, finalmente (por cinco votos a quatro), o valor supralegal dos tratados de direitos humanos já vigentes no Brasil (RE 466.343-SP, j. 03.12.08). Dentro do STF havia (ultimamente) duas correntes (sobre o assunto): 1a.) a sustentada pelo Min. Gilmar Mendes, no sentido de que tais tratados possuem valor supralegal (acima da lei, mas abaixo da Constituição) – RE 466.343-SP; 2a.) a defendida pelo Min. Celso de Mello, que admitia o valor constitucional dos tratados (HC 87.585-TO). Preponderou a primeira tese (por cinco votos a quatro), se bem que dois Ministros não participaram da votação.

Os autores referidos aduzem que não há que se resolver as questões envolvendo os Direitos Humanos com base no princípio da hierarquia, mas sim, com base no princípio da aplicação da norma mais favorável ao ser humano, o que chamam de princípio *pro homine*. Referem que não há que se falar em revogação da norma constitucional, o que acontece é que a norma mais favorável prevalece, no

¹⁵⁹ Cf. Luís Roberto Barroso, que cita vários precedentes nesse sentido, tal como o RHC 4.849-PR, DJU, 11 mar. 1996 (BARROSO, 2004, p. 32 passim).

¹⁶⁰ GOMES; MAZZUOLI, 2009, p. 67.

caso, a prevista na Convenção Americana, que proíbe a prisão do depositário infiel¹⁶¹.

O artigo 76 da Convenção dispõe acerca da possibilidade de emendas à mesma a ser apresentada por qualquer Estado-parte, estipulando seus procedimentos respectivos e, o artigo 77, versa sobre a possibilidade dos Estados-partes apresentarem protocolos adicionais à Convenção, os quais tenham por finalidade incluir progressivamente no regime de proteção da Convenção outros direitos e liberdades, demonstrando a possibilidade de ampliação do rol de direitos estabelecidos naquela.

É possível a denúncia à Convenção, contudo, atos que o Estado denunciante tenha praticado antes de efetivada a denúncia que impliquem violações às obrigações previstos naquela não estarão isentos de responsabilização, ou seja, a denúncia somente terá efeitos *ex nunc* com relação às obrigações que o Estado assumira quando aderiu à convenção, permanecendo os atos praticados durante o período em que figurou como parte regulados pela própria Convenção, consoante disposto em seu art. 78.

A Convenção Americana por meio de seus textos e mecanismos tem promovido o aperfeiçoamento da legislação interna e da forma como é aplicada e interpretada pelo Judiciário, concretizando, ainda que tardiamente, princípios que se prestam a assegurar a dignidade da pessoa humana¹⁶².

5.3 O PROTOCOLO DE SAN SALVADOR

Ante a carência de disposições específicas na Convenção Americana acerca dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, eis que a Convenção apenas lhe conferia caráter progressivo, foi adotado em 1988 o Protocolo Adicional à Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, conhecido como Protocolo de San Salvador, o qual entrou em vigor a partir de

¹⁶¹ GOMES; MAZZUOLI, 2009, p. 68.

¹⁶² Cf. Flávia Piovesan: “Em face do catálogo de direitos constantes da Convenção Americana, cabe ao Estado-parte a obrigação de respeitar e assegurar o livre e pleno exercício desses direitos e liberdade, sem qualquer discriminação. Cabe ainda ao Estado-parte adotar todas as medidas legislativas e de outra natureza para conferir efetividade aos direitos e liberdades enunciados.” (PIOVESAN, 2008, p. 245)

novembro de 1999, tendo em conta a prescrição do parágrafo terceiro do artigo 21 do Protocolo, que previa que este somente entraria em vigor a partir do depósito da décima primeira adesão ou ratificação.

O preâmbulo do Protocolo refere claramente à indivisibilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais e a dos direitos civis e políticos, asseverando que todos compõem elementos para o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, não havendo que se falar na supressão de uma dessas modalidades de direito em proveito da outra, o que impõe sua realização conjunta, de forma compatível.

Considerando a estreita relação que existe entre a vigência dos direitos econômicos, sociais e culturais e a dos direitos civis e políticos, porquanto as diferentes categorias de direito constituem um todo indissolúvel que encontra sua base no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, pelo qual exigem uma tutela e promoção permanente, com o objetivo de conseguir sua vigência plena, sem que jamais possa justificar-se a violação de uns a pretexto da realização de outros;

O Protocolo de San Salvador contempla direitos como a saúde, previdência social, condições justas equitativas e satisfatórias de trabalho, direitos sindicais, cultura, proteção das crianças, dos deficientes, das pessoas idosas, educação, meio ambiente sadio, dentre outros.

O Protocolo de San Salvador institui em seu artigo 19 um sistema de relatórios para a verificação da implementação dos direitos, bem como autoriza o manejo de petições individuais à Comissão Interamericana em caso de violações aos direitos de associação e liberdade sindical e ao direito à educação, disposição esta criticada, ante a limitação de matérias a serem objeto de petição individual em caso de violação dos demais direitos constantes do Protocolo, porém não contemplados no parágrafo 6 do artigo 19 do Protocolo:

O mecanismo de implementação compreende o sistema de relatórios, com o sistema de petições ou comunicações individuais reservado tão só ao direito de associação e liberdade sindical (art. 8 (1) (a)) e ao direito à educação (artigo 13). Como já salientamos na presente obra, o Protocolo teria sido mais positivo se tivesse estendido o direito de petição individual igualmente aos outros direitos protegidos. Propiciar-se-ia, assim, o desenvolvimento de uma jurisprudência também neste domínio, e reduzir-se-ia a disparidade de procedimentos de supervisão entre, por um lado, os direitos civis e políticos, e, por outro, os direitos econômicos, sociais e culturais.¹⁶³

¹⁶³ CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 85.

Conforme consta do *site* da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 14 Estados aderiram ao Protocolo de San Salvador, sendo que o Brasil aderiu em 1996, como já mencionado anteriormente.

5.4 A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Consoante já referido, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH - surgiu antes mesmo da edição do Pacto de San José da Costa Rica, em 1959, com a finalidade de promoção dos Direitos Humanos, entretanto, a Comissão tem competência sobre todos os Estados-membros da OEA – Organização dos Estados Americanos, ainda que não tenham aderido ao Pacto de San José da Costa Rica, pois ficam vinculados à Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948¹⁶⁴. A Criação da Comissão antes mesmo da Convenção Americana se prestou a abrir as portas para o aperfeiçoamento do Sistema Interamericano dado que desde seu início, a Comissão adotou uma postura ativa com a realização de visitas *in loco* em que haveria denúncias de violações de Direitos Humanos, elaborando relatórios que se prestariam a subsidiar recomendações aos Estados. Em 1970, entrou em vigor o Protocolo de Reformas da Carta da OEA, o qual conferiu à Comissão um mandato de controle e supervisão da observância dos Direitos Humanos, além da função de promoção deles, a qual já exercia.

A Comissão, atuando preventivamente, além de elaborar relatórios e recomendações, incentivou os Estados-membros a compatibilizar suas legislações internas com os Direitos Humanos, para promover a inserção nas Constituições e

¹⁶⁴ Vide Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos que em seu artigo primeiro, o qual dispõe acerca da abrangência da Comissão tanto aos Estados que aderiram ao Pacto de San José da Costa Rica, bem como aos demais países, membros da OEA:

“Artigo 1 -

1. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos é um órgão da Organização dos Estados Americanos criado para promover a observância e a defesa dos direitos humanos e para servir como órgão consultivo da Organização nesta matéria.

2. Para os fins deste Estatuto, entende-se por direitos humanos:

a. os direitos definidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos com relação aos Estados Partes da mesma;

b. os direitos consagrados na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, com relação aos demais Estados membros.” (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010)

harmonização da legislação infraconstitucional de acordo com os postulados internacionais em matéria de Direitos Humanos¹⁶⁵.

A Comissão está situada em Washington D.C., nos Estados Unidos, o que tem gerado muitas críticas, uma vez que ela é a via de acesso à Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual está situada em San José da Costa Rica, dificultando a comunicação entre ambos e o desenvolvimento de trabalhos conjuntos.

A Comissão fora contemplada na edição da Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual dispôs em seu artigo 33 que aquela seria órgão de proteção de Direitos Humanos, ao lado da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Convenção Americana regulamentou a composição e o funcionamento da Comissão, dispondo que seria composta de sete membros de alta moral e reconhecido saber em Direitos Humanos, indicados pelos Estados-partes, os quais poderão propor lista com até três nomes, entre nacionais ou membros de demais países da OEA; na hipótese da propositura da lista com três nomes, ao menos um nome deve ser de membro de outro país, componente da OEA. Os indicados serão eleitos pela Assembleia Geral da Organização, com mandato de até quatro anos, com uma única possibilidade de reeleição. Visando conferir um caráter plural à Comissão, o parágrafo segundo do artigo 37 estabelece que não poderá fazer parte da Comissão mais de um nacional do mesmo Estado.

O artigo 41 da Convenção Americana dispõe acerca das funções da Comissão:

A Comissão tem a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos e, no exercício do seu mandato, tem as seguintes funções e atribuições:

- a. estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América;
- b. formular recomendações aos governos dos Estados membros, quando o considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos;

¹⁶⁵ Fernando G. Jayme aponta que a Corte Interamericana de Direitos Humanos já no primeiro julgamento contencioso que realizou, em 1981, apontou para a importância da Comissão para o Sistema Interamericano, fazendo menção ao caso Viviana Gallardo e outras, citando trecho do julgamento: “Assim, dentre outras, a Comissão tem uma função investigadora dos fatos denunciados como violadores de direitos humanos consagrados na Convenção, função esta que deve ser necessariamente cumprida em todas as hipóteses.” (JAYME, 2005, p. 73)

- c.preparar os estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções;
- d.solicitar aos governos dos Estados membros que lhe proporcionem informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos;
- e.atender às consultas que, por meio da Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos, lhe formularem os Estados membros sobre questões relacionadas com os direitos humanos e, dentro de suas possibilidades, prestar-lhes o assessoramento que eles lhe solicitarem;
- f.atuar com respeito às petições e outras comunicações, no exercício de sua autoridade, de conformidade com o disposto nos artigos 44 a 51 desta Convenção; e
- g.apresentar um relatório anual à Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos.

Consta do art. 45 da Convenção Americana que qualquer pessoa, Estado ou entidade governamental legalmente reconhecida em um dos Estados-partes da OEA pode apresentar petições à Comissão relacionadas a denúncias ou queixas de violações de Direitos Humanos. O artigo 23 do Regulamento da Comissão¹⁶⁶ estipula de modo pormenorizado a apresentação de petição à Convenção:

Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização pode apresentar à Comissão petições em seu próprio nome ou no de terceiras pessoas, sobre supostas violações dos direitos humanos reconhecidos, conforme o caso, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos "Pacto de San José da Costa Rica", no Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "Protocolo de San Salvador", no Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte, na Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, na Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, e na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em conformidade com as respectivas disposições e com as do Estatuto da Comissão e do presente Regulamento. O peticionário poderá designar, na própria petição ou em outro instrumento por escrito, um advogado ou outra pessoa para representá-lo perante a Comissão.

A disciplina do regulamento da Comissão demonstra que as denúncias contra os Direitos Humanos podem ser baseadas em violações a todos os dispositivos do Sistema Interamericano, ressalvada, evidentemente a hipótese de não adesão do país denunciado a este ou àquele instrumento, hipótese em que poderá responder com base na Declaração Americana de 1948, nos termos do já mencionado artigo primeiro do Estatuto da Comissão.

¹⁶⁶ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010.

É facultada a representação no âmbito da Comissão, quer seja por advogado, ou por terceiro, porém, o art. 47 da Convenção Americana dispõe sobre a observância de certos requisitos de admissibilidade para que a petição possa ser de fato apreciada. Tais requisitos são similares, ao menos em parte, com as condições da ação previstas na legislação processual civil brasileira; ou seja, quanto ao interesse de agir, a Convenção estipula que somente conhecerá da questão, visto que tenham sido interpostos e esgotados os princípios de jurisdição interna, revelando o caráter de complementaridade e subsidiariedade da Comissão, por exemplo. Fora estipulado o prazo de seis meses, para que a parte interessada apresente a petição, contados da data em que o interessado tenha sido notificado da decisão final em âmbito interno. Tem-se também a questão da prevenção de competência, quando a Comissão não receberá a petição uma vez que o caso já tenha sido previamente submetido a outro regime de apreciação na seara internacional. Por fim, deverá haver a identificação da parte, seu domicílio e de seu representante legal.

Na hipótese de a parte interessada não conseguir provar que logrou esgotar os recursos internos, nos termos do parágrafo terceiro do artigo 31 do Regulamento da Comissão, ocorre uma inversão do ônus da prova, cabendo ao Estado comprovar que a parte que alega ter sido violada em seus direitos não cumpriu tal requisito, sob pena de preclusão:

(...) se o Estado não alegou, no momento próprio (fase das exceções preliminares), a falta de prévio esgotamento dos recursos internos é porque *renunciou* a esta regra. Em outras palavras, a exceção do não-esgotamento dos recursos internos para ser oportuna, deve ser feita logo na primeira etapa do procedimento, à falta da qual se presume a renúncia tácita do Estado em se valer dessa cláusula. Assim, a falta de pronunciamento do Estado sobre a exceção do prévio esgotamento no momento oportuno faz operar a *preclusão* de tal faculdade processual.¹⁶⁷

Cabe ressaltar que o mesmo artigo 46, em seu parágrafo segundo, enumera exceções às regras do parágrafo primeiro em casos em que não houver recursos na jurisdição interna para a tutela do direito violado, ou quando for a parte interessada impedida de acesso a tais recursos ou, quando houver demora injustificada para a apreciação da questão no âmbito interno, nessa hipótese, não seria exigível a observância do prazo máximo de 06 meses para a apresentação da petição,

¹⁶⁷ GOMES; MAZZUOLI, 2009, p. 243.

observados os termos do parágrafo segundo do artigo 32 do Regulamento da Comissão.

O requisito do esgotamento das vias internas para o recebimento das petições no âmbito da Convenção tem sido exigido com certa flexibilidade por ela. Cançado Trindade¹⁶⁸ aponta que visando evitar o simples arquivamento das petições, a Comissão tem usado solicitar informações adicionais, adiar a decisão, com base na regra de interpretação que fora adotada na II Conferência Interamericana Extraordinária, de 1965, a qual dispôs que a exigência do prévio esgotamento dos recursos de direito interno não seria exigível nos “casos gerais”, reputados aqueles de violações generalizadas de direitos humanos. Esta tendência está no mesmo sentido do que já vem sendo aceito no âmbito do Sistema Regional Europeu, conforme o citado autor na mesma ocasião, em nota de rodapé.

Ultrapassada com sucesso a fase de análise da admissibilidade da petição, o trâmite a ser observado é o do artigo 48 da Comissão Americana que dispõe:

Artigo 48

1. A Comissão, ao receber uma petição ou comunicação na qual se alegue violação de qualquer dos direitos consagrados nesta Convenção, procederá da seguinte maneira:

a. se reconhecer a admissibilidade da petição ou comunicação, solicitará informações ao Governo do Estado ao qual pertença a autoridade apontada como responsável pela violação alegada e transcreverá as partes pertinentes da petição ou comunicação. As referidas informações devem ser enviadas dentro de um prazo razoável, fixado pela Comissão ao considerar as circunstâncias de cada caso;

b. recebidas as informações, ou transcorrido o prazo fixado sem que sejam elas recebidas, verificará se existem ou subsistem os motivos da petição ou comunicação. No caso de não existirem ou não subsistirem, mandará arquivar o expediente;

c. poderá também declarar a inadmissibilidade ou a improcedência da petição ou comunicação, com base em informação ou prova supervenientes;

d. se o expediente não houver sido arquivado, e com o fim de comprovar os fatos, a Comissão procederá, com conhecimento das partes, a um exame do assunto exposto na petição ou comunicação. Se for necessário e conveniente, a Comissão procederá a uma investigação para cuja eficaz realização solicitará, e os Estados interessados lhes proporcionarão todas as facilidades necessárias;

e. poderá pedir aos Estados interessados qualquer informação pertinente e receberá, se isso lhe for solicitado, as exposições verbais ou escritas que apresentarem os interessados; e

f. por-se-á à disposição das partes interessadas, a fim de chegar a uma solução amistosa do assunto, fundada no respeito aos direitos humanos reconhecidos nesta Convenção.

2. Entretanto, em casos graves e urgentes, pode ser realizada uma investigação, mediante prévio consentimento do Estado em cujo território se

¹⁶⁸ CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 40.

alegue haver sido cometida a violação, tão somente com a apresentação de uma petição ou comunicação que reúna todos os requisitos formais de admissibilidade.

A Comissão, consoante consta do parágrafo segundo do artigo 48 da Convenção, citado, poderá realizar inspeções *in loco*, o que resta disciplinado pelo artigo 45 de seu Regulamento¹⁶⁹.

Fica a ressalva de que o Brasil entendeu que os artigos 43 e 48, alínea “d”, não incluem o direito automático de visitas e investigações *in loco* da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que dependerão da anuência expressa do Estado¹⁷⁰.

A Comissão tem uma função preventiva e conciliatória, com procedimentos disciplinados do art. 49 a 51 da Convenção, o que acaba por constituir uma etapa de acesso à Jurisdição da Corte Interamericana, dada a condição estabelecida para esta, que deve somente analisar o caso na hipótese de ter sido previamente submetido à Comissão. Deste modo, na fase Conciliatória haverá um sistema de produção de relatórios pela Comissão, em caso de conciliação; em caso insucesso, a Comissão redigirá um relatório, que poderá conter proposições e recomendações aos Estados interessados, os quais poderão se adequar a ele, sob pena do assunto ser submetido à Corte Interamericana, caso o Estado interessado tenha aceitado a jurisdição da Corte, nos termos dos procedimentos previstos no art. 51 da Convenção, o qual confere três meses ao Estado interessado para que tome as providências cabíveis, caso não tenham sido atendidas as recomendações, a Comissão confere novo prazo ao Estado para tanto e, ao final, decidirá a Comissão, por maioria absoluta de voto de seus membros, se as medidas foram devidamente implementadas pelo Estado.

Importante ressaltar o artigo 25 do Regulamento da Comissão que instituiu a disciplina das medidas cautelares no seu âmbito, quando em

¹⁶⁹ **Artigo 39. Investigação *in loco***

1. Se considerar necessário e conveniente, a Comissão poderá realizar uma investigação *in loco*, para cuja eficaz realização solicitará as facilidades pertinentes, as quais serão proporcionadas pelo Estado em questão. Em casos graves e urgentes, a Comissão poderá realizar uma investigação *in loco* mediante consentimento prévio do Estado em cujo território se alegue haver sido cometida a violação, tão somente com a apresentação de uma petição ou comunicação que reúna todos os requisitos formais de admissibilidade.

2. A Comissão poderá delegar a um ou mais de seus membros o recebimento de prova testemunhal conforme as regras estabelecidas no artigo 65, incisos 5, 6, 7 e 8.

¹⁷⁰ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010.

(...) situações de gravidade e urgência a Comissão poderá, por iniciativa própria ou a pedido da parte, solicitar que um Estado adote medidas cautelares para prevenir danos irreparáveis às pessoas ou ao objeto do processo relativo a uma petição ou caso pendente,

as quais também poderão ter natureza coletiva. Também cabe ressaltar a possibilidade da concessão de medidas cautelares pela Convenção, nos termos do artigo 76 de seu regulamento, as quais se prestam a evitar dano pessoal irreparável num assunto ainda não submetido à jurisdição da Corte Interamericana.

Cançado Trindade¹⁷¹ sintetiza a importância da Comissão, bem como a colaboração que ela tem promovido para evolução do ordenamento jurídico interno dos Estados por meio de suas medidas:

Aos resultados concretos de inúmeros casos individuais acrescente-se a importante função preventiva exercida pela Comissão. Em decorrência de suas recomendações de caráter geral dirigidas a determinados Estados (demandados), ou formuladas em seus relatórios anuais, “foram derogados ou modificados leis, decretos e outros dispositivos que afetavam negativamente a vigência dos direitos humanos”, foram criados ou fortalecidos mecanismos de proteção no ordenamento jurídico interno ou nacional, e “se estabeleceram ou aperfeiçoaram recursos e procedimentos para a melhor tutela” dos direitos humanos. A par do sistemas de petições ou comunicações, têm também se revestido de relevância os sistemas de investigações (observações in loco) e a elaboração de relatórios por situações gerais em países e os relatórios periódicos apresentados pela Comissão à Assembléia Geral da OEA contendo considerações por vezes inclusive de caráter doutrinário.

Registre-se que o artigo 50 do Regulamento da Convenção estabelece o sistema de comunicação entre Estados dirigidos à Comissão quando tratar de violações de Direitos Humanos, perpetradas por um Estado, das quais outro tome ciência, podendo este último encaminhar comunicado de tal fato à Comissão para examinar o caso, a qual transmitirá ao Estado-parte. O caráter de tal disposição constitui numa cláusula facultativa, a qual resta analisada por Flávia Piovesan¹⁷² que, quando cita Thomas Buerghental, comenta o sistema de comunicações, fazendo um cotejo com o Sistema Europeu, afirmando que:

Na lição de Thomas Buerghental: “A Comissão Interamericana pode apenas tratar das chamadas comunicações interestatais – comunicações

¹⁷¹ CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 43-44.

¹⁷² PIOVESAN, 2008, p. 253.

submetidas por um Estado contra outro Estado – se ambos os Estados, além de terem ratificado a Convenção Americana, fizeram uma declaração reconhecendo a competência interestatal da Comissão. A Convenção Americana inverte o padrão tradicional, utilizado pela Convenção Europeia por exemplo, em que o direito de petição individual é opcional e o procedimento da comunicação interestatal é obrigatório. Os elaboradores da Convenção Americana aparentemente assumem que as comunicações interestatais podem ser usadas por certos Estados para objetivos políticos e propósitos intervencionistas e que este risco existe em menor extensão relativamente às comunicações privadas. (...) Contudo, é indiscutível que a disponibilidade do direito de petição individual assegura efetividade ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Ao garantir que os indivíduos encaminhem suas próprias reclamações, o direito da petição individual torna a efetividade dos direitos humanos menos dependente de considerações políticas outras, que tendam a motivar uma ação ou inação governamental”.

Como já fora dito, todos os Estados-partes da OEA estão sujeitos à Comissão, não obstante não terem aderido à Convenção Americana; quanto àqueles, o Regulamento da Comissão dispõe procedimento específico, conforme consta de seu Capítulo III, considerando que responderão de acordo com a Declaração Americana de 1948, conforme consta expressamente da alínea “b” do parágrafo segundo do artigo primeiro do Estatuto da Convenção, o que revela a enormidade do seu alcance, reiterando sua importância na promoção dos Direitos Humanos no Continente Americano¹⁷³.

5.5 A CORTE INTERAMERICANA DIREITOS HUMANOS

Inicialmente com sede em Washington, DC., nos Estados Unidos da América, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, criada com a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, a qual entrou em vigor em 1978, foi transferida para São José da Costa Rica, na Costa Rica, em 1979, tendo sido aprovado pelo

¹⁷³ Cf. Cançado Trindade (2003, p. 59): “(...) a Comissão tem tido ocasião de pronunciar-se sobre questões como a prevalência das garantias judiciais e o devido processo legal, o direito a condições mínimas de tratamento em prisões, a caracterização da detenção arbitrária, as restrições à pena de morte, os requisitos dos estados de emergência e controle de suspensão de garantias, os direitos à liberdade pessoal e participação política, a presunção da inocência, a condenação absoluta da tortura, dentre outras.”

Governo da Costa Rica um sistema de imunidades e demais garantias para assegurar o exercício das atividades da Corte sem desembaraço¹⁷⁴.

Nas palavras de Fernando G. Jayme,

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é o órgão supremo da jurisdição internacional no sistema interamericano, responsável pela interpretação e aplicação das normas da Convenção Americana de Direitos Humanos, em caráter definitivo e irrecorrível. A Corte representa a essência do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, que encontra sua máxima expressão na obrigatoriedade das decisões emanadas deste órgão jurisdicional.¹⁷⁵

A Corte é composta por sete juízes, com mandato de seis anos, havendo a possibilidade de uma única renovação. Cada Estado poderá propor até três nomes para aprovação pelo voto secreto da maioria absoluta pelos Estados-partes da Convenção, ressalvado que em se tratando da apresentação de três nomes pelo Estado-parte, ao menos um nome deverá ser de pessoa nacional de Estado diferente do proponente. Não poderá haver dois juízes da mesma nacionalidade e, na hipótese de quando do término do mandato, o juiz continuará funcionando nos casos de que já havia tomado conhecimento e que se encontravam em fase de sentença e, para tais efeitos, não será substituído pelos novos juízes eleitos¹⁷⁶:

Esta regra também deve ser aplicada à decisão sobre interpretação de sentença a que se referem os arts. 67 da Convenção e 59 do Regulamento da Corte, pois de acordo com as regras gerais do direito processual, um caso contencioso não pode considerar-se concluído sem que a sentença se cumpra em sua integralidade.¹⁷⁷

O fato de um juiz ser nacional de Estado que figure como parte em algum caso submetido à Corte não o impede de participar do julgamento, conforme disposto no parágrafo primeiro do artigo 55 da Convenção Americana; contudo, nessa hipótese, outro Estado Parte no caso poderá requerer a nomeação de um juiz

¹⁷⁴“El 10 de septiembre de 1981 el Gobierno de Costa Rica y la Corte firmaron un Convenio de Sede, aprobado mediante Ley No. 6889 del 9 de septiembre de 1983, que incluye el régimen de inmunidades y privilegios de la Corte, de los jueces, del personal y de las personas que comparezcan ante ella. Este Convenio de Sede está destinado a facilitar el normal desenvolvimiento de las actividades de la Corte, especialmente por la protección que da a todas aquellas personas que intervengan en los procesos. Como parte del compromiso contraído por el Gobierno de Costa Rica, en noviembre de 1993 éste le donó a la Corte la casa que hoy ocupa la sede del Tribunal.” (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2010)

¹⁷⁵ JAYME, 2005, p. 82-83.

¹⁷⁶ Vide artigos 51 a 54 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

¹⁷⁷ GOMES; MAZZUOLI, 2009, p. 259.

*ad hoc*¹⁷⁸ para conhecer da causa conjuntamente com os demais, nos termos dos parágrafos dois a quatro do mesmo artigo 55. Havendo uma pluralidade de Estados partes na causa, poderão ser considerados como um somente, cabendo à Corte a decisão em caso de dúvida.

A Convenção estipula nos seus artigos 18 e 19 causas de incompatibilidades, bem como impedimentos, escusas e inabilitação dos juízes da Corte, respectivamente.

Nos termos do artigo 57 da Convenção, deverá haver o *quorum* mínimo de cinco juízes para as deliberações da Corte, cabendo à Comissão Interamericana de Direitos Humanos comparecer em todos os casos perante a Corte.

A declaração de aceitação de competência da Corte pelo Estado-parte poderá se dar quando do depósito de seu instrumento de ratificação da Convenção ou, posteriormente, podendo ser feita sob condição de reciprocidade, bem com por prazo determinado ou mesmo para determinado caso em específico, consoante leitura do artigo 62 da Convenção. O reconhecimento da competência da Corte pelo Brasil se deu em 10 de dezembro de 1998, quando

(...) O Governo da República Federativa do Brasil declara que reconhece, por tempo indeterminado, como obrigatória e de pleno direito a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em todos os casos relacionados com a interpretação ou aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em conformidade com o artigo 62, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a esta declaração.¹⁷⁹

Nas palavras de Flávia Piovesan¹⁸⁰, quando a autora cita Hector Fix-Zamudio,

Tal como a Corte Europeia, a Corte Interamericana apresenta competência consultiva e contenciosa. Na lição de Hector Fix-Zamudio: “De acordo com o disposto nos artigos 1. e 2. de seu Estatuto, a Corte Interamericana possui duas atribuições essenciais: a primeira, de natureza consultiva, relativa à

¹⁷⁸ Cf. Fernando G. Jayme, quanto a origem dos juízes *ad hoc* e a crítica a possibilidade de sua nomeação: “(...) remonta aos tribunais arbitrais, que foi incorporada na Corte Permanente de Justiça Internacional e, posteriormente, mantida nas cortes internacionais permanentes de proteção dos Direitos Humanos, como a Corte Interamericana e a Corte Européia. A princípio, a finalidade era a de outorgar maior confiabilidade aos pronunciamentos dos tribunais arbitrais; posteriormente, passou-se a considerar a relevância de sua atuação, por propiciar ao juiz *ad hoc* fornecer à Corte informações locais e um ponto de vista nacional. Esses fundamentos, por não mais se justificarem em um tribunal de direitos humanos, são criticados por Fix-Zamudio, ao ressaltar que a indicação de juízes *ad hoc* pode trazer problemas para o regular funcionamento da Corte Interamericana, uma vez que a quantidade de juízes *ad hoc* pode superar o número de juízes titulares, o que significaria uma dificuldade no desenvolvimento continuado e harmônico de suas atribuições”. (JAYME, 2005, p. 84)

¹⁷⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010

¹⁸⁰ PIOVESAN, 2006b, p. 99.

interpretação das disposições da Convenção Americana, assim como das disposições de tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos; a segunda, de caráter jurisdicional, referente à solução de controvérsias que se apresentem acerca da interpretação ou aplicação da própria Convenção”.

Quanto à competência consultiva da Corte, esta é aberta a todos os Estados-membros da OEA, ainda que não tenham ratificado a Convenção Americana de Direitos Humanos. Pode ser exercida a competência consultiva para o esclarecimento de questões atinentes à interpretação da Convenção, bem como de outros documentos dos Estados Americanos referentes à Proteção dos Direitos Humanos, conforme leciona Cançado Trindade, o qual também anota que

Do mesmo modo, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da OEA também podem consultar a Corte, dentro de suas esferas respectivas de competência. Ademais, a Convenção permite à Corte (artigo 64(2)) emitir, a pedido de qualquer Estado membro da OEA – Parte ou não na Convenção – pareceres sobre a compatibilidade ou não de quaisquer de suas leis internas com a Convenção Americana ou outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos. Desse modo, a Corte Interamericana detém uma competência consultiva particularmente ampla¹⁸¹,

vale ressaltar a observação de Valério de Oliveira Mazzuoli¹⁸² quando discorre acerca da atualização da Carta da OEA, de modo que o referido capítulo X da Carta da OEA que tratava de seus órgãos, atualmente é o capítulo VIII.

O artigo 64 do Regulamento da Corte dispõe sobre sua competência consultiva para interpretação de outros tratados que venham a dispor sobre Direitos Humanos. Tais tratados não precisam obrigatoriamente ter por objeto principal a proteção internacional aos Direitos Humanos, bastando que tratem sobre eles, ainda que por via reflexa. Ainda, não há necessidade que tenham sido elaborados no âmbito da OEA ou entre Estados americanos¹⁸³, bastando que digam respeito à proteção dos direitos humanos no Continente Americano¹⁸⁴.

¹⁸¹ CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 56.

¹⁸² GOMES; MAZZUOLI, 2009, p. 307.

¹⁸³ Vide, por exemplo, Opinião Consultiva 1, de 24 de setembro de 1982, solicitada pelo Peru: “(...) la competencia consultiva de la Corte puede ejercerse, en general, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema interamericano.” (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2010)

¹⁸⁴ GOMES; MAZZUOLI, op. cit., p. 305-306.

A importância da competência consultiva é evidente, sobretudo porque detém ampla jurisdição em matéria de Direitos Humanos, prestando-se a auxiliar os Estados a aperfeiçoar os seus ordenamentos jurídicos internos, como no caso da Opinião Consultiva n. 3, de 08 de setembro de 1983, quando fora emitido parecer no sentido da impossibilidade de adoção da pena de morte pela Guatemala, por meio de consulta formulada pela Comissão Interamericana à Corte Interamericana¹⁸⁵, demonstrando sua importância para a uniformidade para a interpretação da Convenção Americana e outros tratados de direitos humanos:

A respeito da competência consultiva da Corte Interamericana, realça Jo M. Pasqualucci: “A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem a mais ampla jurisdição em matéria consultiva, se comparada com qualquer outro Tribunal internacional. A Corte tem exercido sua jurisdição no sentido de realizar importantes contribuições conceituais no campo do Direito Internacional dos Direitos Humanos. (...) as opiniões consultivas, enquanto mecanismo com muito menor grau de confronto que os casos contenciosos, não sendo ainda limitadas a fatos específicos lançados à evidência, servem para conferir expressão judicial aos princípios jurídicos (...) Por meio de sua jurisdição consultiva, a Corte tem contribuído para conferir uniformidade e consistência à interpretação de previsões substantivas e procedimentais da Convenção Americana e de outros tratados de direitos humanos”.¹⁸⁶

Quanto à competência contenciosa da Corte, cumpre destacar que

A jurisdição contenciosa da Corte é plena, por abranger a interpretação de todos os dispositivos da Convenção. O procedimento contencioso “é por definição, uma oportunidade muito mais direta do que no processo consultivo”. O julgamento compreende a decisão sobre a existência de violação de algum dos direitos e liberdades consagrados na Convenção e a determinação da forma de ser reparada a lesão decorrente desta violação. Entretanto, antes de adentrar no mérito propriamente dito, deve julgar sobre os pressupostos processuais e sobre o atendimento das normas de procedimento prévias ante a Comissão, para que então, ultrapassado este juízo preliminar de admissibilidade, a Corte assuma competência para conhecer do *meritum causae*¹⁸⁷.

A Corte Interamericana não substitui os Tribunais internos e, tal como a Corte Europeia, tem caráter subsidiário e complementar ao sistema judicial interno, tanto que o acesso a ela se dá nos termos do parágrafo segundo do artigo 60 da Convenção Americana, o qual prescreve os requisitos para o acesso à Comissão Interamericana, quais sejam, o esgotamento das fases previstas dos artigos 48 a 50 da mesma Convenção, que dispõem dos procedimentos no âmbito da Comissão

¹⁸⁵ PIOVESAN, 2006b, p. 101.

¹⁸⁶ Ibid., p. 100.

¹⁸⁷ JAYME, 2005, p. 94.

Americana, cujo acesso se dá nos termos já referidos no capítulo anterior, dentre eles o esgotamento dos recursos internos, salvo as já mencionadas exceções e o entendimento jurisprudencial explicitado pela Corte.

A Corte não dispõe de jurisdição criminal¹⁸⁸ e, nos dizeres de Cançado Trindade, citado por Flávia Piovesan¹⁸⁹

(...) tampouco operam como tribunais de recursos ou de cassação de decisões dos Tribunais internos. Não obstante os atos internos dos Estados podem vir a ser objeto de exame por parte dos órgãos de supervisão internacionais, quando se trata de verificar sua conformidade com as obrigações internacionais dos Estados em matéria de direitos humanos,

sendo que em sentido semelhante, também assevera Fernando G. Jayme¹⁹⁰:

Finalmente, de acordo com o direito internacional geral, a Corte não tem o caráter de tribunal de apelação ou de cassação dos organismos jurisdicionais de caráter nacional. Sua competência restringe-se a apontar as violações processuais no âmbito interno. A avaliação das provas concretizada pela jurisdição interna é questão na qual a Corte não pode adentra-se, por não se constituir em instância recursal, carecendo, portanto, de competência para decidir se os tribunais nacionais cometeram erros de fato ou de direito. Esse posicionamento conta com substancial dissidência do Juiz Cançado Trindade, segundo o qual, neste “domínio de proteção, há uma constante interação entre o direito internacional e o direito interno, em benefício dos seres humanos protegidos.

Por força do artigo 66 da Convenção, a sentença proferida pela Corte deverá ser fundamentada e, no caso da sentença que não contemple no todo ou em parte a opinião de algum dos juízes da Corte, este tem o direito de requerer seja consignada a opinião dissidente agregando-a à sentença.

As sentenças da Corte são inapeláveis, cabendo apenas, no prazo de 90 dias da notificação da sentença, a apresentação de pedido no sentido de interpretação da sentença, o qual pode ser manejado por qualquer das partes, conforme consta do artigo 67 da Convenção. Entretanto, Fernando G. Jayme¹⁹¹ aponta exceção a esta regra, asseverando a admissão pela Corte do chamado recurso de revisão, o que se dá em casos excepcionais:

¹⁸⁸ GOMES; MAZZUOLI, 2009, p. 297.

¹⁸⁹ PIOVESAN, 2006b, p. 104.

¹⁹⁰ JAYME, 2005, p. 97.

¹⁹¹ Ibid.

(...) a Corte admitiu, em casos excepcionais, o recurso de revisão contra sentenças definitivas que põem fim ao processo. O propósito do recurso de revisão é evitar que a coisa julgada mantenha uma situação de evidente injustiça, devido à descoberta de um fato que, se fosse conhecido no momento de proferir a sentença, modificaria seu resultado, ou demonstraria a existência de um vício substancial na sentença.

O artigo 68 da Convenção dispõe acerca da obrigação dos Estados-partes em respeitar as sentenças proferidas pela Corte e observar a sua execução nos termos da legislação interna, caso haja condenação em indenização compensatória.

No âmbito jurídico brasileiro, as sentenças proferidas pela Corte não se submetem à regra contida no inciso “I” do art. 105 da Constituição Federal, não havendo que serem homologadas pelo Superior Tribunal de Justiça eis que tem eficácia imediata, bem como que as

(...) sentenças proferidas por tribunais internacionais não se enquadram na roupagem de sentenças estrangeiras às quais refere o texto constitucional. A mesma observação vale para o art. 483 do Código de Processo Civil, que também exige a homologação da sentença estrangeira para que se lhe atribua eficácia interna¹⁹²,

sendo que no Brasil compete à União o pagamento das indenizações oriundas de condenações que venha a sofrer na Corte Interamericana de Direitos Humanos, ressalvado o direito de regresso.

O artigo 69 da Convenção, ao determinar a notificação da sentença às partes e a transmissão aos demais Estados-partes da Convenção, tem dupla finalidade, primeiro no tocante à ciência da decisão para eventual interposição de pedido de interpretação ou que sejam tomadas as providências para o cumprimento da decisão, por exemplo, bem como funciona como medida pedagógica, eis que Estados outros possam estar incorrendo nas mesmas violações aos Direitos Humanos que foram objeto de análise pela Corte no caso transmitido; assim, a condenação pode ensejar a tomada de medidas pelos outros Estados no sentido de evitar ou cessar violações semelhantes que as quais venham procedendo, bem como violações outras, dado o receio da efetividade da Corte, então demonstrada.

A Corte poderá conceder Medidas Provisórias em qualquer fase do processo, verificados os requisitos de gravidade e urgência do caso e para evitar danos irreparáveis às pessoas, esta concessão poderá se dar de ofício, inclusive, ou

¹⁹² GOMES; MAZZUOLI, 2009, p. 313.

mediante requerimento da vítima, suposta vítima ou de seu representante, entretanto, se o caso ainda não estiver sob a apreciação da Corte, a concessão da Medida Provisória se dará mediante requerimento da Comissão¹⁹³.

Fernando G. Jayme¹⁹⁴ assevera que as medidas provisórias são regidas pelo princípio da efetividade, ou seja:

(...) devem ser compreendidas “por sua própria razão de ser, como verdadeiras garantias jurisdicionais de caráter preventivo”. Elas representam garantias no sentido de “proteger, assegurar ou fazer valer a titularidade ou o exercício de um direito”. O fim visado pelas medidas provisórias permite que a Corte emita determinações total ou parcialmente distintas daquelas requeridas. A jurisprudência da Corte definitivamente estabeleceu o caráter tutelar, mais do que puramente cautelar, das medidas provisórias de proteção no universo conceitual do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

As medidas provisórias podem se prestar a proteção de uma coletividade de pessoas, conforme destaca Valério de Oliveira Mazzuoli¹⁹⁵:

A Corte Interamericana tem sustentado que as medidas provisórias previstas no art. 63, 2, da Convenção podem proteger os membros de uma coletividade ou pessoas ligadas a essa coletividade, bastando que tais pessoas, ainda que inominadas, sejam ao menos *identificáveis* e *determináveis*. Tal entendimento reflete as obrigações *erga omnes* que os Estados-partes na Convenção têm de proteger todas as pessoas sujeitas à sua jurisdição. Isso significa, a juízo da Corte, que tal obrigação se impõe não só em relação ao poder do Estado, senão também em relação às condutas de terceiros (particulares), inclusive grupos armados irregulares de qualquer natureza (como, *v.g.*, as Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia – FARC).

Cançado Trindade¹⁹⁶ destaca a importância crescente das medidas provisórias na construção da jurisprudência protetora da Corte:

Tais medidas vêm assumindo uma crescente relevância na jurisprudência protetora da Corte nos últimos anos, revelando a dimensão preventiva da proteção internacional dos direitos humanos, e constituindo-se em uma verdadeira garantia jurisdicional de caráter preventivo na salvaguarda internacional da pessoa humana.

¹⁹³ A possibilidade de concessão de Medidas Provisórias pela Corte vide o parágrafo segundo do artigo 63 da Convenção Americana de Direitos Humanos, ressalte-se que a possibilidade de o particular – a vítima ou suposta vítima da alegada violação, ou seu representante - apresentar petição diretamente à Corte solicitando a concessão de Medidas Provisórias restou expressamente consignada por ocasião do parágrafo terceiro do artigo 27 do Regulamento da Corte.

¹⁹⁴ JAYME, 2005, p. 102.

¹⁹⁵ GOMES; MAZZUOLI, 2009, p. 302.

¹⁹⁶ CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 80.

O impulso oficial fora contemplado no Regulamento da Corte, a qual dará andamento ao processo, independente do comparecimento de demandantes e demandados, podendo estes comparecerem em qualquer fase do processo, ingressando na fase em que ele se encontrar.

O Regulamento da Corte ainda prevê a função do Defensor Interamericano que, como se um defensor público fosse, poderá representar a vítima que padeça de representação constituída por si.

O direito de defesa do demandado encontra disciplina no artigo 21 do Regulamento da Corte, o qual dispõe sobre a contestação do Estado demandado, assinalando o prazo de dois meses para que este apresente a peça contestatória¹⁹⁷.

Há também a previsão da figura do *amicus curie*¹⁹⁸ no artigo 44 do Regulamento, o qual poderá comparecer em qualquer fase do processo, porém no mais tardar até os 15 dias posteriores à celebração da audiência pública. Não ocorrendo a realização de audiência pública, deverá ser remetido dentro dos 15 dias posteriores à resolução correspondente na qual se outorga prazo para o envio de alegações finais, podendo figurar na supervisão do cumprimento das medidas provisórias e das sentenças, inclusive.

Uma vez reconhecido que houve violação aos Direitos Humanos, a sentença proferida pela Corte Interamericana determinará ao que se assegure à vítima que

¹⁹⁷ “Dentre os foros multilaterais dos quais o Brasil faz parte, certamente o Sistema Interamericano de Direitos Humanos é dos que mais destaque tem tido nos anos mais recentes. A defesa estatal perante a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos teve que se profissionalizar em decorrência do adensamento jurisdicional ocorrido em todo o sistema. O aumento significativo do número de casos brasileiros perante a Comissão, aliado à estruturação das organizações não-governamentais pátrias e ao início da admissão de casos brasileiros à fase de mérito, assim como a elevação dos primeiros casos do Brasil à esfera da Corte Interamericana foram decisivos na mudança da atuação do Estado.

Inexistem regras que disciplinem, no plano interno, de que forma deverá ser conduzida a defesa do Estado brasileiro perante o Sistema Interamericano. O certo é que as matérias levadas a esse foro serão sempre complexas e delicadas, envolvendo aspectos políticos, jurídicos e diplomáticos, do interesse de diversos atores.

Por isso, fez-se necessário que os órgãos da Administração Pública, notadamente a Advocacia-Geral da União, o Ministério das Relações Exteriores e a Secretaria Especial dos Direitos Humanos, que seriam os mais diretamente envolvidos nas questões levadas ao Sistema Interamericano, passassem a atuar conjuntamente, cada qual dentro de suas esferas de competência, na condução da defesa do Estado brasileiro que será apresentada perante a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. A unificação do discurso e a atuação em coordenação no plano interno foram determinantes para que a defesa estatal se tornasse uníssona e coerente na esfera internacional, além de garantir a adequação da política nacional aos princípios norteadores dos direitos humanos.” (ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO, 2010)

¹⁹⁸ Cf. Regulamento da Corte Interamericana, o parágrafo terceiro de seu artigo segundo, dispõe que ““amicus curiae” significa a pessoa ou instituição alheia ao litígio e ao processo que apresenta à Corte fundamentos acerca dos fatos contidos no escrito de submissão do caso ou formula considerações jurídicas sobre a matéria do processo, por meio de um documento ou de uma alegação em audiência.”

seja assegurado o gozo de seu direito ou liberdade violados, determinando, em sendo o caso, a reparação dos danos, bem como o pagamento de indenização justa em favor da parte lesada, consoante disposto no parágrafo primeiro do artigo 63 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

O conceito de vítima não se restringe à pessoa ou coletividade de pessoas que sofreram diretamente as alegadas violações aos direitos assegurados na Convenção, conforme o caso, a jurisprudência da Corte tem estendido tal conceito a suas famílias, garantindo também o pagamento de indenizações em favor delas, em caso de falecimento das vítimas diretas¹⁹⁹. A extensão do conceito de vítima, nos dizeres de Cançado Trindade²⁰⁰, pode ser evidenciada, por exemplo, nos seguintes casos:

Em casos de desaparecimentos forçados de pessoas, - agregou a Corte no caso *Bámaca Velásquez*, as vítimas são tanto a pessoa desaparecida como seus familiares imediatos. Em outros julgamentos quanto ao mérito, como no caso *Blake versus Guatemala* (1998, e também reparações, 1999), e no caso *Villagrán Morales e Outros Versus Guatemala* (o chamado caso dos “*Meninos de Rua*”, 1999), a Corte estabeleceu fundamentos jurídicos da *ampliação da noção de vítima*, compreendendo também os parentes imediatos das vítimas diretas. Este entendimento forma hoje parte de sua *jurisprudence constante*.

A Corte tem se manifestado em seus julgamentos quanto aos Direitos constantes da Comissão Americana, estabelecendo a

(...) obrigação geral dos Estados Partes sob a Convenção Americana de assegurar o respeito desses direitos; a esta se pode acrescentar a outra obrigação geral sob a Convenção de adotar medidas legislativas e outras que se fizerem necessárias para dar efeito a tais direitos (...)²⁰¹,

cabendo ressaltar o dever tríplice dos Estados enfatizado pela jurisprudência da Corte, cabendo àqueles “*prevenir, investigar e punir as violações dos direitos protegidos, assim como reparar os danos e indenizar pelas violações.*”²⁰²

¹⁹⁹ Cf. Valério de Oliveira Mazzuoli, que cita o precedente da Corte no caso *Gangaram Panday Vs. Suriname*, com sentença de 21 de janeiro de 1994, Série C, n. 16, parágrafo 69, referindo que “Havendo falecido a vítima, resultando impossível garantir-lhe o gozo de seu direito ou reparar-lhe integralmente as consequências da medida que o violou, será o caso da Corte estabelecer uma justa indenização em dinheiro aos seus familiares.” (GOMES; MAZZUOLI, 2009, p. 302)

²⁰⁰ CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 78.

²⁰¹ Ibid., p. 54.

²⁰² Ibid., p. 55.

Importante destacar que a Corte pode lançar mão em suas decisões de uma ampla gama de formas de reparações das violações aos Direitos e Deveres previstos na Convenção:

O artigo 63(1) da Convenção Americana desvenda um amplo horizonte em matéria de reparações de violações dos direitos por ela protegidos, ao referir-se a indenizações além de outras formas de reparações. A Corte Interamericana, por conseguinte, em sua *jurisprudence constante*, tem ordenado tipos distintos de obrigações dos Estados demandados de tomar medidas positivas (obrigações de fazer) também a esse respeito. Em diversos casos recentes, a Corte tem assinalado a importância das medidas não-pecuniárias de reparações, e tem dispensado atenção à *reabilitação* das vítimas sobreviventes e seus parentes.

Um aspecto de sua rica jurisprudência a esse respeito, que merece destaque, reside na construção jurisprudencial da Corte sobre o “projeto de vida”. No julgamento sobre reparações no caso *Loayza Tamayo versus Peru* (1998), a corte pela primeira vez pronunciou-se sobre o conceito “projeto de vida”, vinculando à satisfação como modalidade de reparação, entre outras medidas de reparação ordenadas. A Corte ponderou que uma reclamação de dano ao projeto de vida não se referia à relação da pessoa em questão com seu patrimônio, mas sim a sua “auto -realização plena” como ser humano. A Corte concluiu que as circunstâncias da detenção da vítima no caso concreto tinham causado um dano ao seu projeto de vida.²⁰³

As decisões da Corte vinculam os Estados que ratificaram a competência da Corte, para estes, as decisões jurídicas daquelas são obrigatórias, devendo ser observado o seu cumprimento:

Note-se que a decisão jurídica da Corte tem força jurídica vinculante e obrigatória, cabendo ao Estado seu imediato cumprimento. Se a Corte fixar uma compensação à vítima, a decisão valerá como título executivo, em conformidade com os procedimentos internos relativos à execução de sentença desfavorável ao Estado.²⁰⁴

Quanto à conformação das decisões da Corte com relação ao direito interno dos Estados, Valerio de Oliveira Mazzuoli²⁰⁵ refere que aquelas não encontrariam limitações neste:

A decisão da Corte Interamericana sobre a existência de uma violação de determinado direito ou liberdade protegidos pela Convenção Americana é definitiva e não se encontra limitada por quaisquer leis ou atos normativos de direito interno. Daí a redação imperativa do art. 63, 1, da Convenção, no sentido de que a Corte *determinará* que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados e que sejam reparadas as consequências do fato lesivo ao direito da vítima, além do pagamento de

²⁰³ CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 75-76.

²⁰⁴ PIOVESAN, 2008, p. 259-260.

²⁰⁵ GOMES; MAZZUOLI, 2009, p. 299.

justa indenização à parte lesada. Uma vez aceita pelo Estado a competência contenciosa da corte, todas essas *determinações* passam a ser de cumprimento obrigatório, sem a possibilidade de recurso da decisão final.

Conforme já fora dito anteriormente, a Corte não dispõe de competência em matéria criminal²⁰⁶, isso implica dizer que não pode a Corte

(...) imputar responsabilidade criminal aos autores imediatos (v. g., os agentes do Estado, etc.) das violações de direitos humanos. A sua condenação recai sobre o Estado e não sobre os particulares. Se o ato desses agentes também se configurar em crime da alçada do Tribunal Penal Internacional, por esta corte poderão ser eventualmente julgados.²⁰⁷

Não obstante o caráter de obrigatoriedade de cumprimento das decisões proferidas pela Corte Interamericana, tendo em conta a observância da boa-fé internacional, inclusive, lhe falta um mecanismo próprio para fiscalizar o cumprimento de suas decisões, não existindo meios de coerção aptos a impor ao Estado obediência à decisão da Corte²⁰⁸, tal como ressaltado por Flávia Piovesan:

Cabe realçar que a Convenção Americana não estabelece mecanismo específico para supervisionar o cumprimento das decisões da Comissão ou da Corte, embora a Assembléia Geral da OEA tenha o mandato genérico a esse respeito, nos termos do artigo 65 da Convenção Americana. Na avaliação de Antônio Augusto Cançado Trindade: “(...) a Corte Interamericana tem atualmente uma especial preocupação quanto ao cumprimento de suas sentenças. Os Estados, em geral, cumprem as reparações que se referem a indenizações de caráter pecuniário, mas não ocorre necessariamente com as reparações de caráter não pecuniário, em especial as que se referem às investigações efetivas dos fatos que originaram tais violações, bem como à identificação e sanção dos responsáveis – imprescindíveis para pôr fim à impunidade (e suas consequências negativas para o tecido social como um todo). (...) Atualmente, dada a carência institucional do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos nesta área específica, a Corte Interamericana vem exercendo *motu proprio* a supervisão da execução de suas sentenças, dedicando-lhe um ou dois dias de cada período de sessões. Mas a supervisão – como exercício de garantia coletiva – da fiel execução das sentenças e decisões da Corte é uma tarefa que recai sobre o conjunto dos Estados-partes das Convenções.”²⁰⁹

²⁰⁶ Cf. Flávia Piovesan: “Em face da sistemática atual, constata-se que no sistema global a justicilização operou-se na esfera penal, mediante a criação de Tribunais *ad hoc* e, posteriormente, do Tribunal Penal Internacional.” (PIOVESAN, 2006b, p. 57)

²⁰⁷ GOMES; MAZZUOLI, 2009, p. 297.

²⁰⁸ JAYME, 2005, p. 95.

²⁰⁹ PIOVESAN, op. cit., p. 115.

Com relação à falta de meios coativos para o cumprimento das decisões da Corte, Fernando G. Jayme²¹⁰ afirma que:

Apesar de inexistirem instrumentos coativos para que o Estado cumpra a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, até o momento não se registraram casos em que houvesse recuso em cumprir as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que demonstra o reconhecimento regional da efetividade dos seus pronunciamentos e a construção, ainda que incipiente, de uma cultura dos direitos humanos no âmbito regional.

Ainda não há norma no direito brasileiro que obrigue a observância de um rito especial para pagamento das indenizações concedidas pela Corte em favor das vítimas, entretanto, Valerio de Oliveira Mazzuoli²¹¹ refere ao Projeto de Lei 4.667/2004, em tramitação, que dispõe sobre a obrigatoriedade da adoção das medidas necessárias ao cumprimento das decisões e recomendações internacionais, conferindo absoluta prioridade a elas.

Deve ser destacado que um Estado-parte não pode simplesmente denunciar a competência da Corte quando iniciado procedimento desta ou da Comissão para a apuração de denúncia de violação de direitos e deveres da Convenção; tal proibição se revela salutar, na medida em que evita que um Estado possa deliberadamente violar a Convenção e, de súbito, requerer que não faça mais parte dela para evitar possível responsabilização no âmbito do Sistema Interamericano, conforme assevera Cançado Trindade²¹², referindo casos emblemáticos enfrentados pela Corte:

(...) nas duas Sentenças sobre competência de 24 de setembro de 1999, nos casos do *Tribunal Constitucional* e de *Ivcher Bronstein*, ambos relativos ao Peru, a Corte Interamericana, ao afirmar sua competência sobre os mesmos, declarou inadmissível a pretensão do Estado peruano de “retirar-se” de sua competência contenciosa com “efeito imediato”. A Corte advertiu que sua competência não poderia estar condicionada por atos distintos de suas próprias atuações.

Acrescentou o Tribunal interamericano que, ao reconhecer sua competência contenciosa, um Estado aceita a prerrogativa da Corte de decidir sobre toda questão que afete sua competência, não podendo depois pretender retirar-se dela subitamente, o que minaria todo o mecanismo internacional de proteção.

²¹⁰ JAYME, op. cit., p. 95-96.

²¹¹ GOMES; MAZZUOLI, 2009, p. 315.

²¹² CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 71.

Nos casos citados retro, não haveria como pretender retirar-se da competência da Corte, o mecanismo para afastar-se dela seria o da denúncia, o qual contemplaria a Convenção como um todo, entretanto, com base na Convenção de Viena sobre tratados, esta denúncia somente teria efeitos a partir de doze meses de sua manifestação, não alcançando fatos anteriores a ela²¹³. Os casos ora citados fortaleceram a base jurisdicional da competência da Corte, demonstrando que uma vez iniciada a apreciação do caso, irá seguir até o final, com a prolação da sentença respectiva, não cabendo ao Estado furtar-se à competência da Corte valendo de expedientes de questionável boa-fé internacional²¹⁴.

Apesar de não possuir meios coativos para fazer cumprir suas decisões, a Corte Interamericana, conforme exposto retro, tem feito valer os Direitos Humanos no Continente Americano, contudo, parece incompatível com um sistema de proteção de Direitos Humanos a regra prevista no parágrafo primeiro do artigo 61 da Convenção Americana que dispõe que somente os Estados Partes e a Comissão têm direito de submeter caso à decisão da Corte, impedindo o acesso direto de particulares à Corte.

A regra prevista na Convenção não encontra similar no sistema regional Europeu, por exemplo, o qual viabiliza aos indivíduos o acesso direto à Corte Européia de Direitos Humanos:

(...) o grande avanço introduzido pelo Protocolo n. 11 foi conferir aos indivíduos, grupos de indivíduos e ONGs acesso direto à Corte Européia, por meio do direito de petição, na hipótese de violação de direito. Indivíduos, grupos de indivíduos e ONGs passam, assim, a ter pleno *locus standi* perante a Corte Européia.²¹⁵

De fato, a Convenção Européia de Direitos Humanos assim dispõe em seu artigo 34:

Artigo 34

Petições individuais

A Corte pode receber petições por qualquer pessoa, organização não governamental ou grupo de indivíduos que se considere vítima de violação por qualquer Alta parte Contratante dos direitos reconhecidos na Convenção ou nos seus protocolos. As Altas Partes Contratantes comprometem-se a não criar qualquer entrave ao exercício efectivo desse direito.

²¹³ Vide também comentários em CANÇADO TRINDADE, op. cit., p. 72, e; JAYME, 2005, p. 92.

²¹⁴ Vide também comentários em GOMES; MAZZUOLI, 2009, p. 296.

²¹⁵ PIOVESAN, 2006b, p. 73.

Quanto ao *locus standi* individual perante a Corte Interamericana, este se dá somente no curso do processo, ou seja, somente se a Comissão tiver submetido o caso à Corte, a parte, ou seja, o indivíduo, ONGs, poderão atuar de forma mais efetiva, eis que

(...) com as alterações trazidas pelo IV Regulamento, também é possível que as vítimas, seus representantes e familiares não só ofereçam suas próprias peças de argumentação e provas em todas as etapas do procedimento, como também fazer uso da palavra durante as audiências públicas celebradas, ostentando, assim, a condição de verdadeiras partes no processo²¹⁶,

cabendo destacar a observação de Flávia Piovesan²¹⁷:

Reitere-se que apenas a Comissão Interamericana e os Estados partes podem submeter um caso à Corte Interamericana, não estando prevista a legitimação para o indivíduo, nos termos do art. 61 da Convenção Americana. Em 2001, contudo, a Corte revisou substancialmente as suas Regras de Procedimento para, de forma mais efetiva, assegurar a representação das vítimas perante a Corte. Ainda que indivíduos e ONGs não tenham acesso direto à Corte, se a Comissão Interamericana submeter o caso a esta, as vítimas, seus parentes ou representantes podem submeter de forma autônoma seus argumentos, arrazoados e provas perante a Corte.

O reconhecimento do *locus standi* individual já na etapa em que a Comissão teria submetido o caso à Corte no sistema interamericano fora um grande avanço, contudo, ainda não é a solução ideal, para que de fato sejam assegurados os meios para se fazer valer a Convenção e o seu espírito protetivo; buscando a plena efetivação dos Direitos Humanos, deve-se adotar postura semelhante ao Sistema Regional Europeu, com a viabilização do acesso direto dos indivíduos à Corte, conforme afirmado por Cançado Trindade²¹⁸:

O necessário reconhecimento do *locus standi in judicio* das supostas vítimas (ou seus representantes legais) ante a Corte Interamericana constitui, nesta linha de pensamento, um avanço dos mais importantes, mas não necessariamente a etapa final do aperfeiçoamento do sistema interamericano de proteção, pelo menos como concebemos tal aperfeiçoamento. Do *locus standi in judicio* dos indivíduos ante a Corte Interamericana há que evoluir rumo ao reconhecimento, mais adiante, do direito de os indivíduos demandarem os Estados Partes diretamente ante a futura Corte Interamericana, levando diretamente a esta última casos

²¹⁶ ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO, 2010.

²¹⁷ PIOVESAN, 2006b, p. 105.

²¹⁸ CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 105.

concretos (*jus standi*), como órgão *jurisdicional* único do sistema interamericano de proteção do porvir.

A Corte tem tido papel fundamental para o aperfeiçoamento dos Direitos Humanos no Continente Americano, no entanto, conforme também restou afirmado por Cançado Trindade, ainda há muito o que ser implementado, tal como legitimar os indivíduos a acessarem diretamente à Corte, bem como, promover a adesão de todos os Estados do Continente à competência da Corte, o que ainda não aconteceu. Estas observações, ao lado de tantas outras proferidas por estudiosos dos Direitos Humanos, prestar-se-ão a aprimorar o sistema o qual, para se fazer valer plenamente deverá dispor de meios próprios para a execução de suas sentenças ou, que o ordenamento jurídico interno edite normas próprias e específicas para tanto. Haverá que se fazer uma releitura da soberania Estatal, esta agora deverá ceder, ao menos em parte, para que os rumos da direção dos Estados sejam compatíveis com a observância dos Direitos Humanos.

6 A CORTE INTERAMERICANA E A SOBERANIA ESTATAL

Não há como pretender a efetividade de sistemas internacionais de proteção de direitos humanos, sobremaneira quando dotados de jurisdição internacional sem questionar se tais sistemas não configuram uma afronta à soberania estatal. Antonio Cassese²¹⁹, Professor da Universidade de Florença, ex-presidente do Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia, faz referência a esse questionamento logo no início de um estudo acerca do tema:

Alguns meses depois de eleito juiz do Tribunal Penal das Nações Unidas para a antiga Iugoslávia, encontrei um eminente parlamentar que se pôs a praguejar:

As Comunidades Européias estão expropriando nosso poder legislativo! E agora, vocês vêm, com esse Tribunal Internacional, retirar-nos o último bastião de nossa soberania: o poder de punir. Se as coisas continuarem assim, o Estado soberano acabará por se dissolver.

Desde então, pergunto-me até que ponto esse parlamentar tão sensível ao respeito da soberania dos Estados tinha razão.

Como já fora referido no início do presente trabalho, a noção de Direitos Humanos fora sendo construída por meio da sua incorporação como direitos fundamentais no direito interno, ainda no século XVIII, com as Declarações Americanas e Francesa.

As teorias contratualistas em Hobbes, Locke e Rousseau foram reformulando a ideia da formação do Estado e da sua sujeição e de seu soberano aos cidadãos, visando ao bem comum e à dignidade da pessoa humana.

Contudo, a noção de soberania é ainda anterior aos autores citados acima, ela remonta a Jean Bodin, no século XVI, conforme leciona Eduardo C. Bittar²²⁰, quando cita Alberto Ribeiro Barros:

“A primeira exposição da soberania é normalmente atribuída ao jurista francês Jean Bodin (1529/30-1596), que reclama justamente a falta de uma clara definição desse conceito. Há, de fato, a necessidade de formular a definição de soberania, porque não existiu nem jurisconsulto nem filósofo político que a tenha definido, embora seja o ponto principal e o mais importante a ser entendido no trato sobre a República (*República*, I, 8, p. 179)”.

²¹⁹ CASSESE, 2004, p. 03.

²²⁰ BITTAR, 2007, p. 137.

Para Bodin, a soberania seria

(...) o verdadeiro fundamento, o eixo sobre o qual se move o estado de uma sociedade política e do qual dependem todos os magistrados, leis e ordenanças; ela é que reúne as famílias, os corpos e os colégios, e todos os particulares num corpo perfeito (República, I, 2, p. 43)²²¹.

A soberania tem dupla conotação, a interna, direcionada para os nacionais e, a externa, direcionada para o trato dos Estados entre si:

A soberania externa significa a capacidade do Estado de afirmar sua independência na arena internacional, ou seja, de manter a integridade de suas fronteiras, se necessário com a força militar; e soberania interna significa a capacidade, baseada no monopólio da força, de preservar a tranquilidade e a ordem no próprio país, com recursos do poder administrativo e do direito positivo.²²²

A soberania no plano interno se prestou a justificar a autodeterminação para a elaboração dos sistemas legais e judiciais de cada Estado, de acordo com as vontades de seus cidadãos.

Com o surgimento do totalitarismo, a ruptura perpetrada com a construção dos Direitos Fundamentais na ordem interna implicou na positivação de uma ordem legal bizarra, a qual, sob a pecha da soberania, se prestou a legitimar toda sorte de barbaridade contra a vida e a dignidade humana. No âmbito externo, a leitura da soberania sob o prisma da independência na arena internacional e a da manutenção da própria ordem interna sem interferência viabilizou o totalitarismo a desenvolver todas as suas estratégias perversas para chegar aonde chegou.

Após a Segunda Guerra Mundial a comunidade internacional, abismada com as violações à vida e à dignidade humanas perpetradas pelo nazismo, que agiu sob o manto de suas Leis, no exercício de sua soberania, com receio de que o lamentável evento aconteça no futuro, para garantir a prevalência da vida humana, passa a rever o conceito de soberania, o qual deixa de ser absoluto.

Consolida-se a então Liga das Nações num organismo internacional mais robusto, qual seja, a Organização das Nações Unidas – ONU e, finalmente, o outrora Direito Humanitário, oriundo do Direito de Guerra, ganha novo *status*, ao lado dos Direitos Fundamentais, que passam a valer na ordem internacional,

²²¹ BITTAR, 2007, p. 138, citando BARROS, **A teoria da soberania de Jean Bodin**. 2001, p. 127.

²²² HABERMAS, 2007, p. 199.

passam a ser Direitos Humanos, consolidados num documento internacional, qual seja a Declaração Universal dos Direitos Humanos, seguindo-se a ela uma série de documentos outros, em âmbito global e regional, visando à enunciação, tutela, garantia e efetivação dos Direitos Humanos, os quais referem a uma dimensão internacional, são universais e indivisíveis.

Fica evidente a atualidade das ideias de Kant, desenvolvidas anos antes, visando a uma Liga de Nações para assegurar a paz, com foco num direito cosmopolita que se preste a garantir, no tempo presente, os Direitos Humanos.

Os Direitos Humanos assumem uma dimensão cosmopolita e, nessa dimensão cosmopolita se prestam a informar não só o Direito Internacional, mas também o próprio direito interno, consistindo numa intervenção na soberania Estatal, a qual agora, deve se limitar à observância dos Direitos Humanos. Nos dizeres de Flávia Piovesan²²³, referindo Canotilho, surge um constitucionalismo global, o qual compreenderia não

(...) não apenas o clássico paradigma das relações horizontais entre Estados, mas o novo paradigma centrado nas relações estado/povo, na emergência de um Direito Internacional dos Direitos Humanos e na tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos.

Nessa noção de constitucionalismo global, o outrora autônomo, incondicionado e ilimitado Poder Constituinte dos Estados, cede em parte, dada a observância obrigatória a certas normas de Direito Internacional, sobremaneira, aquelas que se prestam a assegurar a dignidade humana, desta feita, na elaboração de uma Constituição, o Poder Constituinte, que seja originário, ou derivado, deve observância aos Direitos Humanos:

(...) o Poder Constituinte dos Estados e, conseqüentemente, das respectivas Constituições nacionais, está hoje cada vez mais vinculado a princípios e regras de direito internacional. É como se o Direito Internacional fosse transformado em parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais (cujas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas do *jus cogens* internacional). O Poder Constituinte soberano criador de Constituições está hoje longe de ser um sistema autônomo que gravita em torno da soberania do Estado. A abertura ao Direito Internacional exige a observância de princípios materiais de política e direito internacional, tendencialmente informador do Direito interno.²²⁴

²²³ PIOVESAN, 2006b, p. 11.

²²⁴ Citação que Flávia Piovesan faz de José Joaquim Gomes Canotilho (Ibid., p. 13).

Essa dimensão cosmopolita dos Direitos Humanos que informam a ordem externa e, por sua vez, a ordem interna, reclama meios que se prestem a não somente a sua enunciação em âmbito internacional, mas também sua proteção, daí falar-se na criação de Cortes Internacionais que se prestam a garantir a aplicabilidade das normas internacionais sobre Direitos Humanos em âmbito interno, uma vez que nos dizeres de Bobbio, o problema fundamental com relação aos direitos do homem seria o de protegê-los²²⁵, chamando a atenção para a necessidade de verificar quais os meios mais eficazes para garanti-los:

Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.

Bobbio²²⁶ discorre sobre três etapas de tutela dos Direitos Humanos implementadas pelos organismos internacionais:

As atividades até aqui implementadas pelos organismos internacionais, tendo em vista a tutela dos direitos do homem, podem ser consideradas sob três aspectos: *promoção, controle e garantia*. Por promoção, entende-se o conjunto de ações que são orientadas para este duplo objetivo: a) induzir os Estados que não têm uma disciplina específica para a tutela dos direitos do homem para introduzi-la; b) induzir os que já a têm a aperfeiçoá-la, seja com relação ao direito substancial (número e qualidade dos direitos a tutelar), seja com relação aos procedimentos (número e qualidade de controles jurisdicionais). Por atividades de controle, entende-se o conjunto de medidas que os vários organismos internacionais põem em movimento para verificar se e em que grau as recomendações foram acolhidas, se e em que grau as convenções foram respeitadas. Dois modos típicos para exercer esse controle – ambos previstos, por exemplo, nos dois Pactos de 1966, já mencionados – são os *relatórios* que cada Estado signatário da Convenção se compromete a apresentar sobre as medidas adotadas para tutelar os direitos do homem, de acordo com o próprio Pacto (cf. Art. 40), bem como os comunicados com os quais 1) Estado membro denuncia que um outro Estado membro não cumpriu as obrigações decorrentes do Pacto (cf. Art. 1). Finalmente, por atividades de garantia (talvez fosse melhor dizer de “garantia em sentido estrito”) entende-se uma organização de uma autêntica tutela jurisdicional de nível internacional, que substitua a nacional. A separação entre as duas primeiras formas de tutela dos direitos do homem e a terceira é bastante nítida: enquanto a promoção e o controle se dirigem exclusivamente para as garantias existentes ou a instituir no interior do Estado, ou seja, tendem reforçar ou aperfeiçoar o sistema jurisdicional nacional, a terceira tem como meta a criação de uma nova e mais alta jurisdição, a substituição da garantia nacional pela internacional, quando aquela for insuficiente, ou mesmo inexistente.

²²⁵ BOBBIO, 2004, p. 23.

²²⁶ Ibid., p. 38-39.

As três etapas mencionadas por Bobbio acima demonstram em que grau a cessação parcial da soberania estatal se presta para a garantia dos direitos humanos, aprimorando sua legislação interna e, melhorando sua própria jurisdição interna nesse sentido, pois, do contrário, fica sujeita à jurisdição internacional, de caráter subsidiário e complementar²²⁷.

O Sistema Interamericano, por meio da Convenção Americana de Direitos Humanos contempla as três etapas previstas por Bobbio, o que demonstra sua conformidade com os demais sistemas de proteção de Direitos Humanos, tanto os regionais, quanto o global, bem como se presta a afirmar sua legitimidade.

Os argumentos supra se já se prestariam a responder à pergunta; Antonio Cassese, contudo, formula três reflexões acerca do tema:

A primeira é que a jurisdição penal internacional está mesmo a ponto de erodir a autoridade dos Estados em muitos sentidos. Todavia, e essa é a minha segunda reflexão, não é menos verdade que os Estados soberanos continuam os senhores e os atores principais no cenário mundial, pois mantém o poder essencial de usar a força. Finalmente, e essa será a minha terceira reflexão, por que não considerar que um modo de conciliar o progresso da jurisdição penal internacional, portanto o fim da impunidade, com o respeito de certas prerrogativas dos Estados soberanos, poderia consistir em dar mais importância às jurisdições nacionais para que elas se debrucem cada vez mais sobre os crimes de alcance internacional.²²⁸

Mesmo tratando de jurisdição penal internacional, a qual não detém a Corte Interamericana, as reflexões de Cassese podem se aplicar a esta, eis que os julgamentos da Corte, de natureza supraestatal, conforme já referido em capítulo outro, vinculam os Estados, entretanto, também já referido que a Corte não dispõe de meios próprios para compelir os Estados a cumprirem seus julgados; em caso de indenizações concedidas por aquelas, as vítimas terão um título executivo judicial que se prestará a subsidiar uma execução nos termos da legislação interna vigente.

Ainda a relativização da soberania ora tratada, não pode ser tida como uma usurpação pelo Sistema Americano da competência estatal, eis que esta relativização da soberania estatal que se dá com a adesão à Convenção Americana de Direitos Humanos é um ato de soberania em si mesmo, pois é o próprio Estado

²²⁷ Cf. Philippe Kirsch: “Desse princípio da complementaridade pode-se depreender um efeito colateral – e aqui eu me junto ao prof. Cassese: os Estados serão levados a reforçar tanto quanto possível sua legislação nacional pela simples razão de que não quererão ver-se repreendidos pela Corte porque não querem patrocinar procedimentos verdadeiros ou são incapazes de fazê-lo.” (KIRSCH, 2004, p. 03)

²²⁸ CASSESE, 2004, p. 03-04.

que resolve aderir à Convenção, e também decide se pretende aderir à competência da Corte Interamericana. Logo, a relativização da soberania no sistema interamericano não é um ato de violência em face do Estado, mas sim, uma elogiável atitude do Estado que procura fazer parte de um sistema internacional que se preste a promover a dignidade da pessoa humana, realizando a dimensão cosmopolita dos Direitos Humanos ao ceder, *sponse propria*, parte de sua soberania para tanto, sem, contudo, deixar de ser soberano, mantendo sua independência, ou, nos dizeres de Habermas²²⁹,

(...) essa condição doravante denominada “cosmopolita” deve se distinguir da condição jurídica atinente ao interior de cada Estado: nela os Estados não se submetem a um poder superior, tal como fazem os cidadãos em particular em relação às leis coativas, mas cada qual mantém sua independência.

A despeito dos argumentos entre universalismo e relativismo, a noção de Direitos Humanos não se trata de um imperialismo cultural, antes de mais nada, são os Direitos Humanos um construído que privilegia o multiculturalismo, havendo, contudo, que se proceder a um mínimo ético irreduzível²³⁰ que se preste a garantir a dignidade da pessoa humana, sem exacerbação sob pena de transformar a doutrina dos Direitos Humanos em fundamentalista, ressaltando que “*não se pode evitar o fundamentalismo dos direitos humanos por meio da renúncia a uma política de direitos humanos, mas apenas por meio da transformação cosmopolita da condição natural entre os Estados em uma condição jurídica entre eles.*”

Superado o debate entre universalismo e relativismo, com a verificação da necessidade de se ter por direção a ser perseguida a dignidade humana, tanto em nível interno quanto externo, abre-se caminho para o reconhecimento das jurisdições internacionais de Direitos Humanos, que se prestam a garantir a observância aos preceitos que concretizem a dignidade humana e puna as violações aos Direitos Humanos. Essa aceitação, consciente acerca da importância dos Direitos Humanos, reconhecendo sua dimensão cosmopolita, não implica em redução da soberania Estatal, mas sobremaneira da valorização desta como um

²²⁹ HABERMAS, 2007, p. 197.

²³⁰ Cf. Flávia Piovesan: “Acredita-se, de igual modo, que a abertura do diálogo entre as culturas, com respeito à diversidade e com base no reconhecimento do outro, como ser pleno de dignidade e direitos, é condição para a celebração de uma cultura de direitos humanos, inspirada na observância do “mínimo ético irreduzível”, alcançado pelo universalismo de confluência”. (PIOVESAN, 2006b, p. 19)

atributo de um Estado legítimo, que alcançou uma posição exemplar na comunidade internacional, já que a ideia de Estado Democrático de Direito se tornou indissociável da necessidade da observância plena dos Direitos Humanos por aquele²³¹.

²³¹ Cf. dispõe Flávia Piovesan: “Como ressalta Richard Bilder, “as Cortes simbolizam e fortalecem a idéia de que o sistema internacional de direitos humanos é, de fato, um sistema de direitos legais, que envolve direitos e obrigações juridicamente vinculantes. Associa-se a idéia de Estado de Direito com a existência de Cortes independentes, capazes de proferir decisões obrigatórias e vinculantes”. As Cortes detêm especial legitimidade e constituem um dos instrumentos mais poderosos de persuadir os Estados a cumprir obrigações concernentes aos direitos humanos. É necessário, pois, avançar no processo de justicialização dos direitos humanos internacionalmente enunciados. A justiça internacional em matéria de direitos humanos constitui medida imperativa para o fortalecimento do Estado de Direito e para a construção da paz nas esferas global, regional e local”. (PIOVESAN, 2006b, p. 32)

7 CONCLUSÃO

A evolução dos Direitos Humanos no curso da história demonstrou que se tratam de um construído, seu catálogo não é estático, eis que são relativos, no sentido de que se revelam mais ou menos importantes de acordo com determinado local e momento histórico. Dimensões de direitos foram surgindo ao longo dos anos e se agregando aos demais, ampliando o catálogo dos Direitos Humanos que, reconhecidos internacionalmente, passaram a ter uma dimensão cosmopolita.

O totalitarismo perpetrado pelo regime nazista ensejou o engajamento da comunidade internacional em organizações globais e regionais para evitar o ressurgimento de regimes semelhantes no planeta, no intuito da promoção dos Direitos Humanos. As violações aos Direitos Humanos, sentidas em qualquer lugar do planeta, fato que no tempo presente é praticamente instantâneo, decorrente da globalização e dos avanços tecnológicos que a acompanharam, demonstram a necessidade de sistemas internacionais de proteção daqueles direitos, ante sua importância, a qual fora reconhecida historicamente, no curso de sua construção e evolução.

A paz de Versalhes demonstrou já no início do século XX a vontade internacional de instituir Cortes para o julgamento de crimes contra a humanidade. Posteriormente, os Tribunais Militares Internacionais de Nuremberg e Tóquio, bem como os Tribunais *ad hoc*, tanto para a ex-Iugoslávia e Ruanda, informaram a criação de uma Corte Penal Internacional Permanente, nos termos do Estatuto de Roma, o qual criou o Tribunal Penal Internacional.

Estas noções também inspiraram a criação de sistemas internacionais de proteção dos Direitos Humanos, tanto em âmbito global, quanto em âmbito regional, os quais agem de forma complementar entre si e, de forma complementar e subsidiária com relação aos Estados.

O sistema regional Interamericano de Direitos Humanos tem sido fundamental na promoção dos Direitos Humanos no Continente Americano, analisando casos de supostas violações, promovendo o aperfeiçoamento da enunciação dos Direitos Humanos em âmbito internacional, bem como da legislação interna dos Estados que versem sobre a matéria, repelindo, por meio da Comissão e da Corte

Interamericana, violações aos Direitos Humanos, prestando-se a estabelecer ou restabelecer a dignidade humana no continente, dentro de suas competências.

Conforme asseverado, não se trata de ofensa à soberania Estatal, antes de mais nada, a adesão ao Sistema é em si mesmo um ato de soberania, de modo que a submissão somente se dá caso haja aquiescência do Estado para tanto. Entretanto, nos termos já abordados, o Sistema Interamericano ainda precisa de aprimoramentos para se consagrar como um grande sistema de proteção dos Direitos Humanos, ao lado do Sistema Europeu.

Primeiramente, a adesão de todos os países do Continente Americano se mostra imprescindível para conferir de fato uma competência continental às disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos. Lamentavelmente, a maior potência das Américas, os Estados Unidos, ainda não aderiram à Convenção, sua adesão poderia influenciar outros Estados a tomar a mesma atitude.

Não basta, contudo, a adesão à Convenção Americana, esta também deve ser parcialmente atualizada para que enuncie que sua adesão implique automaticamente na aceitação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, consagrando, desta feita, a sua jurisdição internacional no âmbito do Continente Americano, que se prestará a evitar que a Convenção, apesar de aceita e incorporada pelos Estados, não se torne letra morta, sem sua efetiva aplicação em âmbito interno.

Deve a Convenção também ser revista para se alinhar ao Sistema Regional Europeu, permitindo que não somente a Comissão Interamericana e os Estados Partes submetam casos à apreciação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, mas também essa submissão possa se dar diretamente pelos indivíduos, vítimas das alegadas violações, e também por seus representantes. Embora o Regulamento da Corte permita a intervenção da vítima no curso do processo, a esta deve também ser permitido peticionar individualmente para deflagrar o início do processo. No mínimo, deve ao menos ser permitido que o indivíduo possa, num primeiro momento, pleitear medidas provisórias de natureza cautelar diretamente junto à Corte em casos ainda não submetidos a esta pela Comissão ou pelo Estado.

Por fim, o Sistema Interamericano não se situa em face da Soberania Estatal, mas ao lado desta, numa intersecção com ela. Resta o Sistema Interamericano legitimado pela nobreza do fim ao qual se destina, reconhecido historicamente. Sua adesão pelos Estados revela o exercício de um dos mais importantes atributos da

Soberania e que a justificam, inclusive, ou seja, a adesão ao Sistema Interamericano demonstra a preocupação do Estado em promover o fim ao qual se destina, qual seja a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. Disponível em:
<http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTextoThumb.aspx?idConteudo=113927&ordenacao=3&id_site=4922>. Acesso em: 30 jan. 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALMEIDA, Fernando Barcellos de. **Teoria geral dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1996.

AN-NA'IM, Abdullahi. A proteção legal dos direitos humanos na África: como fazer mais com menos. *In*: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **As Origens do Totalitarismo**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

_____. **Eichmann em Jerusalém – Um Relato sobre a Banalidade do Mal**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

BALDI, César Augusto. As múltiplas faces do sofrimento humano: os direitos humanos em perspectiva intercultural. *In*: _____ (Org.). **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BARRETO, Vicente de Paulo. Multiculturalismo e direitos humanos: um conflito insolúvel? *In*: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. **A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia**. São Paulo: Manole, 2004.

BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de filosofia política**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOLFER, Sabrina Ribas. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *In*: PIOVESAN, Flavia (Coord.). **Direitos Humanos**. Curitiba: Juruá, 2006. 1 v.

BONAVIDES, Paulo. **De Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BUERGENTHAHL, Thomas. **International human rights**. Minnessota: West Publishing, 1988.

_____; NORRIS, Robert. **Human rights**: the interamerican system. New York: Oceana Publications, 1982.

_____; SHELTON, Dinah. **Protecting Human Rights in the Americas**: cases and materials. Strasbourg: International Institute of Human Rights, 1995.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos**: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Volume I**. 1. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

_____. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, volume III**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

CASSESE, Antonio. Existe um Conflito Insuperável entre Soberania dos Estados e Justiça Penal Internacional? *In*: _____. DELMAS-MARTY, Mireille. **Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais**. São Paulo: Manole, 2004.

_____. DELMAS-MARTY, Mireille. **Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais**. São Paulo: Manole, 2004.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em:
<http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/d.Convencao_Americana_Ratif..htm>.
Acesso em: 29 jan. 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2. ed.
São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Fundamento dos Direitos Humanos**. Disponível em:
<<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/comparato/comparato1a.html>>. Acesso
em: 29 jun. 2008.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em:
<<http://www.corteidh.or.cr/historia.cfm>>. Acesso em: 30 jan. 2010.

CRUZ, Fabrício Bittencourt da. Direito Cosmopolita: Uma Proposta ao Mundo Globalizado. *In*: PIOVESAN, Flavia (Coord.). **Direitos Humanos**. Curitiba: Juruá, 2006. 1 v.

DAVUTOGLU, Ahmet. Cultura global *versus* pluralismo cultural: hegemonia civilizacional ou diálogo entre civilizações. *In*: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

DE VITA, Álvaro. **O Liberalismo Igualitário**: sociedade democrática e justiça internacional. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

DONNELLY, Jack. **Universal human rights in theory and practice**. 2. ed.
Ithaca/London: Cornell University Press, 2003.

EBERHARD, Christoph. Direitos Humanos e diálogo intercultural uma perspectiva antropológica. *In*: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

FINN, Karine. Direito à diferença: Um convite ao debate entre universalismo e multiculturalismo. *In*: PIOVESAN, Flavia (Coord.). **Direitos Humanos**. Curitiba: Juruá, 2006. 1 v.

FLORES, Joaquín Herrera. **Teoria Crítica dos Direitos Humanos – Os Direitos Humanos como Produtos Culturais**. Lumen Júris: Rio de Janeiro, 2009.

FORQUIN, Jean-Claude. O currículo entre o relativismo e o universalismo. **Educ. Soc.**, v. 21, n. 73, 2000.

FRATESCHI, Yara. John Locke: Estado e Resistência. *In*: MACEDO JR., Ronaldo Porto (Org.). **Curso de Filosofia Política** – Do Nascimento da Filosofia a Kant. São Paulo: Atlas, 2008.

GARCIA, Eugênio Vargas. Paz para acabar com a Paz. **Revista de História da Biblioteca Nacional**. Disponível em: <<http://www.revistadehistoria.com.br/v2/home/?go=detalhe&id=1447>>. Acesso em: 28 jan. 2010.

GOMES, Luís Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**: Pacto de San José da Costa Rica. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____; PIOVESAN, Flávia. **O Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: RT, 2000.

GUERREIRO, Evandro Prestes. **Cidade Digital**: infoinclusão social e tecnologia em rede. São Paulo: Senac São Paulo, 2006.

GUIMARÃES, Marco Antonio. Fundamentação dos Direitos Humanos: Relativismo ou Universalismo. *In*: PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Direitos Humanos**. Curitiba: Juruá, 2006. 1 v.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro** – estudos de teoria política. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2007.

ICJ. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/court/index.php?p1=1&p2=1>>. Acesso em: 29 jan. 2010.

JAYME, Fernando G. **Direitos Humanos e sua Efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

JUDT, Tony. **Pós-Guerra**: Uma história da Europa desde 1945. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

KANT, Immanuel. **À paz perpétua**. Porto Alegre: L&PM, 2008.

_____. **Crítica da Razão Pura**. 3. ed. São Paulo: Nova Cultura, 1987.

_____. **Idéia de uma História Universal de um ponto de vista cosmopolita**. São Paulo: Brasiliense, 1986.

KEOWN, Damien. Budismo e direitos humanos. *In*: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

KIRSCH, Philippe. A Corte Penal Internacional Perante a Soberania dos Estados. *In*: CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille. **Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais**. São Paulo: Manole, 2004.

KOERNER, Andrei. Ordem política e sujeito de direito no debate sobre direitos humanos. *Lua Nova*, n. 57, 2002.

KOZICKI, Katya. **Teoria Jurídica do Século XXI**: Reflexões Críticas. Curitiba: Juruá, 2007.

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt. *Estud. av.*, São Paulo, v. 11, n. 30, 1997.

_____. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Cia das Letras, 1988.

MACEDO JR., Ronaldo Porto (Org.). **Curso de Filosofia Política – Do Nascimento da Filosofia a Kant**. São Paulo: Atlas, 2008

MBAYA, Etienne-Richard. Gênese, evolução e universalidade dos direitos humanos frente à diversidade de culturas. *Estud. av.*, v. 11, n. 30, 1997.

MRE. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/m_678_1992.htm>. Acesso em: 29 jan. 2010.

MUZAFFAR, Chandra. Islã e direitos humanos. *In*: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

NUNES, João Arriscado. Um novo cosmopolitismo? Reconfigurando os direitos humanos. *In*: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

OAS. Disponível em: <http://www.oas.org/en/about/who_we_are.asp>. Acesso em: 29 jan. 2010.

ONU. Disponível em: <<http://www.un.org/Depts/dpi/decolonization/history.htm>>. Acesso em: 28 jan. 2010.

PANIKKAR, Raimundo. Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental? *In*: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PERRONE-MOISÉS, Cláudia. Direitos Humanos e Desenvolvimento: A Contribuição das Nações Unidas. *In*: AMARAL JR., Alberto do; PERRONE-MOISÉS, Cláudia (Org.). **O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1999.

PESSOA, Fernando Jose Breda. A Transformação da Soberania e o Tribunal Penal Internacional. *In*: PIOVESAN, Flavia (Coord.). **Direitos Humanos**. Curitiba: Juruá, 2006. 1 v.

PIOVESAN, Flávia. A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas. *In*: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. Direitos Humanos: Desafios da Ordem Internacional Contemporânea. *In*: _____ (Coord.). **Direitos Humanos**. Curitiba: Juruá, 2006. 1 v.

_____. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

SACHS, Ignacy. O desenvolvimento enquanto apropriação dos direitos humanos. **Estud. av.**, v. 12, n. 33, p. 149-156, 1998.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências. *In*: _____ (Org.). **Conhecimento prudente para uma vida decente**: "Um discurso sobre as ciências" revisitado. Porto: Afrontamento, 2003.

_____. Por uma concepção multicultural dos direitos humanos. *In*: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. Uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Lua Nova**, v. 39, s/d.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. Rio de Janeiro: Record, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SEITENFUS, Ricardo. **Manual das organizações internacionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SEM, Amartya. **Development as Freedom**. New York : Anchor Books, 2000.

SIKKINK, Kathryn. *Human Rights, Principled issue-networks, and Sovereignty in Latin America*. *In*: **INTERNATIONAL ORGANIZATIONS**. Massachusetts: IO Foundation and Massachusetts Institute of Technology, 1993.

SILVA, Felipe Gonçalves. Rousseau e a soberania da vontade popular. *In*: MACEDO JR., Ronaldo Porto (Org.). **Curso de Filosofia Política** – Do Nascimento da Filosofia a Kant. São Paulo: Atlas, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

TEIXEIRA, Carla Noura. **Direito Internacional público, privado e dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2007.

TRATADO DE PAZ DE VERSALHES. Disponível em:
<<http://history.sandiego.edu/gen/text/versaillestreaty/all440.html>>. Acesso em: 29
jan. 2010.

VITA, Álvaro de. **O Liberalismo Igualitário**: sociedade democrática e justiça
internacional. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

WOLFGANG, Kersting. **Universalismo e Direitos Humanos**. Porto Alegre:
EDIPUCRS, 2003.