

VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS II

ELISAIDE TREVISAM

IRANICE GONÇALVES MUNIZ

MARIA DE FATIMA DE CASTRO TAVARES MONTEIRO PACHECO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito internacional dos direitos humanos II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UMinho

Coordenadores: Elisaide Trevisan; Iranice Gonçalves Muniz; Maria De Fatima De Castro Tavares Monteiro Pacheco – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-479-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Liberdade. 3. Constituição. VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal)..

CDU: 34



Universidade do Minho
Escola de Direito
Centro de Estudos em Direito da União Europeia



VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS II

Apresentação

Dentre as várias reflexões tratadas no Grupo de Trabalho Direito Internacional dos Direitos Humanos II, que ocorreu no VII Encontro Internacional do CONPEDI, na Universidade do Minho (UMinho), na cidade de Braga, em Portugal, foi levantada a necessidade de discutir-se o estupro como crime de guerra no âmbito internacional em período de guerra. Após um levantamento das situações de estupro vivenciadas em vários conflitos internacionais, principalmente na África, concluiu-se que a prática de tal crime assume contornos de dominação e de humilhação mais do que por motivações de ordem sexual em si mesmas. Ficou registrado que no âmbito interno os Estados devem prever e tipificar os crimes atentatórios da dignidade humana, nomeadamente aqueles que atentam contra a integridade sexual dos cidadãos – situação especialmente gravosa no quadro da república do Brasil. Quanto à problemática da universalização dos Direitos Humanos, buscou-se elucidar a dificuldade da legitimação da perspectiva ocidental na conceptualização desses direitos. Com efeito, os problemas da diversidade cultural e religiosa implicam questionar a imposição de um direito universal. A busca de uma solução dos dissensos mediante o balanceamento entre o respeito pelas identidades e o respeito incondicional da dignidade humana, que está na base de todos os direitos humanos e na base de qualquer organização política, deve a dignidade da pessoa humana ser o valor-limite contra as situações de aniquilação existencial e vivencial do ser humano, pois ela tem um valor próprio que baseia o princípio antropológico inerente a todos os direitos fundamentais e humanos. Deve, portanto, a dignidade humana ser o bem jurídico específico que exige respeito e proteção universal. Sobre a justiça indígena em países da América Latina, foi feito um percurso sobre o poder judiciário e o sistema carcerário na América Latina, propondo-se um combate ao sistema da ditadura de privilégio questionando-se como o estado de coisas inconstitucionais pode mudar o sistema carcerário e a mentalidade social sobre tal sistema e, no que tange a situação desumana nas prisões brasileiras, se fez referência às necessidades de reformas para humanizar o sistema atual. Com o avanço da crise migratória na União Europeia, delimitou-se, como objeto de reflexão, as implicações das medidas adotadas pela União Europeia (UE) sobre os Direitos Humanos dos indivíduos. Sendo certo que a solidariedade humana implica que a protecção dos refugiados esteja ligada à protecção internacional dos Direitos Humanos, refletiu-se sobre a proibição das expulsões coletivas, prevista no art. 4.º da CEDH, e o princípio da “não-repulsão”, o que demonstra que a União Europeia honra os compromissos decorrentes do Direito Internacional e está vinculada aos direitos fundamentais, tal como consignados na

Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Sob um outro aspecto dos Direitos Humanos, foi discutido o tema da tradição, cultura e civilização, analisando as premissas religiosas que formam a cosmovisão da cultura judaico-cristã. Ainda que afirmando que os direitos fundamentais devem ser intrinsecamente neutros, sustentou-se que os preceitos cristãos fundamentaram os princípios consagrados na Declaração Universal dos Direitos do Humanos, de 1948, e os direitos consignados no Pacto de Direitos Civis e Políticos, de 1966. Sendo a liberdade de religião uma liberdade negativa que consiste em professar ou não uma religião ou mudar de religião, tal significa que tal liberdade é uma liberdade de defesa frente ao Estado. A liberdade religiosa sob a visão da União Europeia foi situada na complexidade do cosmopolitismo e nas consequências da supressão de fronteiras europeias sobre os direitos fundamentais, em especial sobre o exercício da liberdade religiosa. Mencionando que a liberdade religiosa tem por fonte o art. 9.º, n.º 1, da CEDH e as tradições constitucionais comuns dos Estados-membros da União Europeia e partindo do fato que a proteção na União Europeia deve ser pelo menos igual à garantida pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, se trata de um direito pessoal universal.

Diante das necessárias e relevantes reflexões apresentadas nos artigos desse livro, o que deve ser salientado é que se trata de assuntos que são bases para a construção de um novo pensamento sobre o Direito Internacional dos Direitos Humanos, indispensáveis para a busca de uma vivência mais justa e democrática. Os artigos aqui apresentados tem o escopo de auxiliar os leitores e pesquisadores a estarem atentos, de forma dinâmica, às problemáticas enfrentadas na área dos Direitos Humanos.

Boa leitura a todas e a todos!

Profa. Dra. Elisaide Trevisan (EPD e UNINOVE)

Profa. Dra. Maria de Fatima De Castro Tavares Monteiro Pacheco (UMinho)

Profa. Dra. Iranice Gonçalves Muniz (Centro Universitário de João Pessoa)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Revista CONPEDI Law Review, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A INTERNACIONALIZAÇÃO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS PÓS SEGUNDA GUERRA E A INDERROGABILIDADE DE DIREITOS NO SISTEMA DE PROTEÇÃO INTERNACIONAL

THE INTERNATIONALIZATION OF THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AFTER THE SECOND WAR AND THE INDERGEABILITY OF RIGHTS IN THE INTERNATIONAL PROTECTION SYSTEM

Régis Willyan da Silva Andrade
Rafael Alem Mello Ferreira

Resumo

O artigo se assenta na necessidade de um núcleo inderrogável de direitos para proteção da humanidade, através do sistema internacional de proteção. Adota-se a metodologia analítica documental para tanto. Tem-se que a problemática da questão reside na base dos direitos fundamentais, qual seja, a dignidade da pessoa humana, fundamento que orienta uma pluralidade de elementos essenciais e suporte maior para a concepção de tais direitos. O Estado deve fomentar e respeitar a existência digna do ser humano, valorizando-o tanto em sua dimensão individual quanto num contexto de justiça.

Palavras-chave: Direitos humanos, Inderrogabilidade, Núcleo essencial, Sistema internacional, Direitos fundamentais

Abstract/Resumen/Résumé

The article is based on the need for an undefeatable core of rights for the protection of humanity through the international protection system. The documentary analytical methodology is adopted for this purpose. It has been that the problem of the question lies in the basis of fundamental rights, that is, the dignity of the human person, a foundation that guides a plurality of essential elements and greater support for the conception of such rights. The State must promote and respect the dignified existence of the human being, valuing it both in its individual dimension and in a context of justice

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Human rights, Inderrogabilidad, Essential core, International system, Fundamental rights

1. INTRODUÇÃO

Ao analisar a evolução dos direitos e garantias fundamentais, passando pelas transformações constitucionais ocorridas na América Latina, percebe-se que a mudança de paradigma foi decorrente de uma série de lutas, avanços e retrocessos que influenciaram diretamente na formação do constitucionalismo tanto global quanto regional, assim como na consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, símbolo do século XX e do final da Segunda Guerra Mundial.

O moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos, conforme Buergenthal (1988, p. 17), *“It is a post-war phenomenon. Its development can be attributed to the monstrous human rights violations was Hitler and the belief that some of these violations could be prevented if an effective international system of protection of human rights existed”*.

A proteção dos Direitos Humanos em âmbito supranacional é um fenômeno pós-guerra, atribuído principalmente às monstruosas violações à humanidade da era Hitler e à crença de que tais violações poderiam ser prevenidas se existisse um sistema efetivo de proteção internacional destes direitos.

Ademais, em todo o período de evolução da proteção dos direitos e garantias fundamentais, a internacionalização dos Direitos Humanos é fruto de um movimento recente na história, decorrente da Segunda Guerra Mundial, em resposta às atrocidades cometidas contra a pessoa humana durante o nazismo.

Por mais de meio século, pós Segunda Guerra, enfatiza Henkin (1990, p. 2), *“the international system has demonstrated commitment to values that transcend the values purely 'state', notably human rights, and has developed an impressive normative system of protection of these rights”*.

Essa evolução de pensamento decorre da tentativa de minimizar os horrores da era Hitler, que ficou marcada pela destruição e descartabilidade da pessoa humana, resultando na criação de mecanismos e de instrumentos de proteção que pudessem atuar não apenas no plano doméstico, mas criar uma universalidade de atuação destes instrumentos.

2. A INTERNACIONALIZAÇÃO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS PÓS SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

A internacionalização dos Direitos Humanos surge como o novo paradigma ético no intuito de restaurar a lógica do razoável, rompendo com o totalitarismo, que negava que a pessoa humana pudesse ser a fonte do direito, emergindo a necessidade de reconstruir os Direitos Humanos, aproximando-se o direito da moral.

Desta forma, segundo Sachs (1998, p. 33), “*o século XX foi marcado por duas guerras mundiais e pelo horror absoluto do genocídio concebido como projeto político e industrial*”. Nesse cenário, Hannah Arendt destaca que o maior direito passa a ser o direito a ter direitos, ou seja, o direito a ser sujeito de direitos, sem considerar questões étnicas, raciais ou econômicas.

Ainda sobre o processo de internacionalização dos direitos humanos, como processo de democratização e disseminação da paz entre os Estados-nação, observa Lafer (1988, p. 26),

Configurou-se como a primeira resposta jurídica da comunidade internacional ao fato de que o direito ex parte populi de todo ser humano à hospitalidade universal só começaria a viabilizar-se se o ‘direito a ter direitos’, para falar com Hannah Arendt, tivesse uma tutela internacional, homologadora do ponto de vista da humanidade. Foi assim que começou efetivamente a ser delimitada a ‘razão de estado’ e corroída a competência reservada da soberania dos governantes, em matéria de direitos humanos, encetando-se a sua vinculação aos temas da democracia e da paz.

O desafio apresentado nesse contexto é o de reestabelecer a ordem internacional com parâmetros que busquem a criação de um núcleo inderrogável de direitos, tendo como parâmetro a dignidade da pessoa humana, e que possa apresentar instrumentos capazes de garantir a eficácia destes direitos, por meio da introdução da ética e da moral no estabelecimento de normas tanto globais quanto domésticas.

A necessidade de uma ação internacional mais eficaz, para a proteção dos Direitos Humanos, como ensina Piovesan (2012, p. 185),

Impulsionou o processo de internacionalização desses direitos, culminando com a criação da sistemática normativa de proteção internacional, que faz possível a responsabilização do Estado no domínio internacional quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na tarefa de proteger os direitos humanos.

A reconstrução de um novo modelo internacional que possa ser eficaz na proteção dos Direitos Humanos necessariamente delimitará o conceito de soberania estatal, contrariando assim, os princípios básicos da não intervenção, como corolário dos Direitos Fundamentais dos Estados, especialmente no que tange à soberania e à igualdade jurídica.

São identificados três princípios básicos, de natureza costumeira, pertinentes ao princípio da não intervenção, e que dificultam a criação de uma Constituição Internacional, como aponta Guerra (2014, p. 74),

(I) a que proíbe um Estado de interferir nos assuntos domésticos de outro Estado; (II) a que proíbe um Estado de apoiar dentro do seu território atividades prejudiciais a outro Estado; (III) a que veda um Estado dar apoio a beligerantes e insurgentes, caso esteja acontecendo um conflito no âmbito de um determinado Estado.

No entanto, este conceito de intervenção tem sido um tema de relevante discussão no Direito Internacional, haja vista uma confusão sobre a esfera de atuação: se consiste apenas em assuntos internos, como na mudança forçada da forma de governo, ou se também abrange os problemas de natureza externa, como a imposição de certas normas em relação à política exterior.

Segundo certa corrente doutrinária, o ato da intervenção somente se caracteriza quando reúne os seguintes elementos, na visão de Mello (1997, p. 456): “(a) estado de paz; (b) ingerência nos assuntos internos e externos; (c) forma compulsória desta ingerência; (d) finalidade de o autor da investigação impor a sua vontade; (e) ausência de consentimento de quem sofre a intervenção”.

Essa intervenção apenas pode ocorrer nos casos avalizados e analisados pela Organização das Nações Unidas, haja vista seu caráter internacional que tem como objetivo a manutenção da paz e da segurança internacionais, sendo vedado quando um Estado ou grupo de Estados interfere nos assuntos internos ou externos, para impor a sua vontade sem observar as normas internacionais, caracterizando uma clara violação à soberania estatal e à igualdade jurídica.

Para se estabelecer um núcleo inderrogável de direitos fundamentais na esfera global, são necessários sacrifícios, na ordem da delimitação da soberania estatal, submetendo-se a órgãos ou comissões internacionais que podem aplicar sanções em caso de descumprimento ou violação a direitos e garantias voltadas à proteção da pessoa humana.

Uma expressão utilizada pela doutrina anglo-americana é a chamada intervenção humanitária, que os franceses denominaram de ingerência, estabelecendo a necessidade de promover a assistência humanitária em situações emergenciais, causadas por conflitos armados, catástrofes naturais ou promovidas pelo próprio Estado ou governo para diminuir o sofrimento causado à população civil.

Esta ingerência em favor das vítimas, em situações de extrema urgência humanitária, elucida Salcedo (1997, p. 130),

Aparece ante todo como un imperativo moral y fue introducida para designar una actitud ética, esto es, para referirse a las exigencias de solidaridad que mueven a socorrer a las víctimas de las violaciones masivas de derechos humanos fundamentales producidas a consecuencia de una situación de urgencia humanitaria, cualquiera sea su origen, y en especial las que derivan de las situaciones de catástrofes políticas, caracterizadas por la desintegración de la autoridad política.

A atuação e aplicabilidade desses ideais apresentam enormes dificuldades no que tange ao reconhecimento dessa situação jurídica, como a eficácia das normas de direito internacional humanitário, a atuação somente nas situações de emergência humanitária advinda de conflitos armados, e a aspiração de garantir juridicamente o livre acesso das vítimas de catástrofes humanitárias.

A fim de exemplificar essa dificuldade destaca-se, mais uma vez, os conflitos propagados desde 2010, na região da Síria. Milhares de refugiados tentam conseguir asilo nos países vizinhos, mas são barrados, por questões burocráticas ou xenofóbicas. Fato é que, a cada dia, milhares de pessoas morrem na tentativa de fugir dessa guerra civil.

Entretanto, apenas após a Segunda Guerra Mundial começou-se a relativizar o conceito de soberania estatal, com a criação de limitações, observando-se os Direitos Humanos, conforme explicam Claude e Weston (1989, p. 4-5),

With the rise and decay of Nazi Germany – the doctrine of state sovereignty has been dramatically changed. The doctrine in defense of unlimited sovereignty was increasingly attacked, during the twentieth century, especially in the face of the consequences of the revolution of the horrors and atrocities committed by the Nazis against the Jews during World War II, which caused many scholars conclude that state sovereignty is not an absolute principle, but must be subject to certain limitations for human rights.

A ascensão e decadência do nazismo na Alemanha foi o marco histórico, responsável pela alteração da doutrina da soberania estatal, ao passo que durante o século XX, em especial em decorrência da revolução e das atrocidades cometidas pelos nazistas contra os judeus, fez com que a soberania ilimitada, como princípio absoluto, passasse a ser relativizada, sujeita a certas limitações sob a égide dos Direitos Humanos.

A proteção internacional dos Direitos Humanos passou a ocupar um espaço central na agenda das instituições internacionais, restringindo assim a atuação do Estado que, após essa ruptura de paradigma, não pode mais tratar os indivíduos como objetos, desumanizados, sem sofrer responsabilização na arena internacional.

Reflexo dessa exortação da moral e de uma reorganização dos Estados com base na moral e na ética vislumbrou-se em 1945-1946 com a criação do Tribunal de Nuremberg, como um poderoso impulso ao movimento de internacionalização dos direitos humanos, estabelecendo critérios para a responsabilização dos alemães pela guerra e pelos abusos do período, culminando com o Acordo de Londres de 1945, que instituiu um Tribunal Militar Internacional para julgar os criminosos de guerra.

Ao definir os crimes que seriam abarcados pela jurisdição do Tribunal, o Acordo de Londres, ilustra Steiner e Alston (2000, p. 114-123),

When defining the crimes that would be embraced by the Court's jurisdiction, the Charter [annexed to the London Agreement of 1945] was beyond the traditional 'war crimes' in two respects. First, the Charter included the 'crimes against peace' – the so-called *jus ad bellum*, which contrasted with the war rights category or *jus in bello*. Second, the term 'crimes against humanity' could have been read to include the entire Nazi government program of extermination of Jews and other civil groups, both inside and outside Germany, 'before or during the war', and to include, therefore, not only the Holocaust but also the preparation of plans and the initial persecution of Jews and other groups at a time prior to the Holocaust.

A instituição, pela primeira vez, de um Tribunal Internacional, para julgar os crimes de guerra, inovou especialmente em dois pontos fundamentais: ao incluir os crimes contra a paz que contrastavam com os direitos de guerra, e ao incluir os crimes contra a humanidade, de modo a abranger a totalidade do programa do governo nazista de extermínio dos judeus e de outros grupos civis, dentro e fora da Alemanha, antes e durante a guerra, considerando não apenas o Holocausto, mas também a elaboração dos planos e perseguição dos judeus e de outros grupos em momentos anteriores ao Holocausto.

Definida a competência, por meio do Acordo de Londres, ao Tribunal de Nuremberg atribuiu-se a responsabilidade de julgar os crimes cometidos ao longo do nazismo, seja pelos líderes do partido, seja pelos oficiais militares. Com base no art. 6º do referido acordo, fixou os crimes sob a jurisdição do Tribunal que demandam responsabilidade individual, como aqueles cometidos contra a paz, os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade.

A respeito do Tribunal de Nuremberg e das sanções aplicáveis no plano internacional, explica Kelsen (2009, p. 327):

Se indivíduos são diretamente obrigados pelo Direito Internacional, tais obrigações não invocam sanções específicas do Direito Internacional (represália ou guerra) ao comportamento dos indivíduos. A obrigação diretamente imposta aos indivíduos é constituída por sanções próprias do Direito Interno, nominalmente a punição e a execução civil. O direito

Internacional pode deixar a determinação e a execução dessas sanções a critério da ordem jurídica nacional, como no caso do delito internacional e da pirataria. As sanções podem ser determinadas por um tratado internacional e sua aplicação a casos concretos pode ser efetuada por uma Corte Internacional criada pelo tratado internacional; isto ocorreu, por exemplo, no caso do julgamento de crimes de guerra, de acordo com o Acordo de Londres, de 8 de agosto de 1945.

Ao mencionar a criação desse Tribunal especial, destaca-se um salto significativo na evolução da proteção dos Direitos Humanos, a fim de propiciar sanções aqueles que cometessem, em nome de uma suposta positividade, crimes contra a humanidade, apontando-se pela primeira vez, um órgão capaz de julgar os crimes de guerra e atribuir as respectivas penas pelos delitos cometidos.

A condenação criminal dos indivíduos que participaram na disseminação do nazismo fundamentou-se, basicamente, na violação de costumes internacionais, ainda que, de forma bastante controvertida, tenha se pautado na alegação de afronta ao princípio da legalidade do direito penal, sob o argumento de que os atos punidos pelo Tribunal de Nuremberg não eram considerados crimes no momento em que foram cometidos, justamente, baseados no Reich.

O Acordo de Londres assim como o Tribunal de Nuremberg, sofreram importantes críticas, em especial no que tange ao princípio da legalidade no direito penal, conforme destaca Kelsen (1947, p. 153-171):

A objeção mais frequentemente colocada – embora não seja a mais forte – é que as normas aplicadas no julgamento de Nuremberg constituem uma lei post facto. Há pouca dúvida de que o Acordo de Londres estabeleceu a punição individual por atos que, ao tempo em que foram praticados, não eram punidos, seja pelo direito internacional, seja pelo direito interno. [...] Contudo, este princípio da irretroatividade da lei não é válido no plano do direito internacional, mas é válido apenas no plano do direito interno, com importantes exceções.

A instauração e as condenações decorrentes do Tribunal de Nuremberg assumem um duplo significado no processo de internacionalização dos Direitos Humanos: primeiro, consolidando a ideia da necessidade de se limitar a soberania nacional, ao reconhecer que os indivíduos têm direitos protegidos pelo Direito Internacional, e segundo, a mudança nas relações interestatais, ampliando o alcance de atuação das normas de direitos humanos, voltadas não apenas ao cenário nacional, mas também à internacionalização desses direitos.

A ruptura do paradigma da soberania estatal ilimitada propiciou a criação de mecanismos de proteção supranacional, dando ensejo a um sistema multinível de proteção

desses direitos, seja em âmbito doméstico ou internacional. Segundo Miranda (2000, p. 30),

Quando o Estado, não raramente, rompe as barreiras jurídicas de limitação e se converte em fim de si mesmo e quando a soberania entra em crise, perante a multiplicação das interdependências e das formas de institucionalização da comunidade internacional, torna-se possível reforçar e, se necessário, substituir, em parte, o sistema de proteção interna por vários sistemas de proteção internacional dos direitos do homem. Com antecedentes que remontam ao século XIX, tal é a nova perspectiva aberta pela Carta das Nações Unidas e pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e manifestada, ao fim de quatro décadas, em numerosíssimos documentos e instâncias a nível geral, sectorial e regional.

Há uma busca incessante do reconhecimento, do desenvolvimento e da realização dos objetivos traçados na Declaração Universal dos Direitos Humanos e contra as violações perpetradas pelos Estados e pelos particulares, através da disseminação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, mostrando-se como um instrumento vital para a uniformização, o fortalecimento e a implementação desses direitos.

Através dessa ideologia surge a ideia de se estabelecer um núcleo inderrogável de Direitos Fundamentais e de se criar um sistema multinível, visando não apenas à proteção desses direitos e garantias conquistados ao longo dos séculos, mas também à instrumentalização de órgãos capazes de delimitar a soberania nacional, através da criação de uma Constituição internacional, visando uma igualdade não apenas formal, mas principalmente, material.

O indivíduo passa a ser sujeito de direitos tanto em âmbito doméstico quanto supranacional, através da internacionalização dos Direitos Humanos. Conforme assevera Cançado Trindade (2006, p.22),

Ao sustentar que o ser humano é sujeito tanto do direito interno quanto do direito internacional, dotado em ambos de personalidade e capacidade jurídicas próprias. [...] o primado é sempre de norma de origem internacional ou interna que melhor proteja os direitos humanos; o Direito Internacional dos Direitos Humanos efetivamente consagra o critério da primazia da norma mais favorável às vítimas.

A multiplicidade de instrumentos internacionais no pós Segunda Guerra levou a uma nova etapa da proteção internacional dos direitos humanos e, por conseguinte, à busca por uma justiça global, pautada em princípios que visam estabelecer um núcleo inderrogável de direitos fundamentais, e que poderiam ser institucionalizados através de uma Constituição Internacional. Levou também à criação de um tribunal supranacional,

com legitimidade para impor sanções a indivíduos ou Estados-nação que violassem tais direitos.

Os desafios encontrados nessa nova fase do Direito Internacional são o de propiciar à pessoa humana não apenas normas internacionais, mas os meios e ações para que possam ser efetivados. Conforme ensina Piovesan (2012, p. 306):

Na condição de sujeitos de direito internacional, cabe aos indivíduos o acionamento direto de mecanismos internacionais, como é o caso das petições ou comunicações, mediante as quais um indivíduo, grupos de indivíduos ou, por vezes, entidades não-governamentais, podem submeter aos órgãos internacionais competentes denúncia de violação de direito enunciado em tratados internacionais.

Essas transformações corroboram para que os direitos do homem sejam afirmados nas Constituições dos Estados, reconhecidos e proclamados, em âmbito internacional, ampliando os sujeitos com capacidade para garantir a efetividade desses direitos. Entretanto, apesar desta instrumentalização e formalização, tais direitos continuam sendo violados.

Uma consequência que abalou tanto a doutrina quanto a prática do direito internacional foi a elevação do indivíduo à categoria de sujeito de direitos, capaz de ingressar em âmbito internacional, em busca da satisfação de seus direitos. Eis a lição de Bobbio (1992, p. 25):

todo indivíduo foi elevado a sujeito potencial da comunidade internacional, cujos sujeitos até agora considerados eram, eminentemente, os Estado soberanos [...] o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los.

Entretanto, para se estabelecer um núcleo inderrogável de direitos fundamentais numa esfera global, algumas barreiras precisam ser superadas, dentre elas, as diferenças sociais, culturais e econômicas de cada região. A proteção dos direitos humanos através de instituições de âmbito regional se revela mais efetiva, na medida em que os Estados situados num mesmo contexto geográfico, histórico e cultural têm maior probabilidade de transpor os obstáculos que se apresentam em âmbito mundial.

Ao lado do sistema normativo global, surge o sistema normativo regional de proteção, que busca internacionalizar os direitos humanos no plano regional, particularmente na Europa, na América e na África, conforme observa Piovesan (2000, p. 21-22):

Cada qual dos sistemas regionais de proteção apresenta um aparato jurídico próprio. O sistema americano tem como principal instrumento a Convenção

Americana de Direitos Humanos de 1969, que estabelece a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana. Já o sistema Europeu conta com a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950, que estabelece a Corte Europeia de Direitos Humanos. Por fim, o sistema africano apresenta como principal instrumento na Carta Africana de Direitos Humanos de 1981, que, por sua vez, estabelece a Comissão Africana de Direitos Humanos.

Foi, no entanto, a Proclamação de Teerã¹ sobre Direitos Humanos, adotada pela I Conferência Mundial de Direitos Humanos, em 1968, a que melhor expressão deu a essa nova visão da internacionalização dos Direitos Humanos, constituindo-se em um relevante marco na evolução doutrinária da proteção internacional dos Direitos Humanos.

Todos os sistemas são considerados instrumentos essenciais para o funcionamento e disseminação da proteção internacional dos Direitos Humanos. Desta forma, serão analisados quais os mecanismos empregados e como podem ser efetivados tais direitos, com base nos sistemas global e regional de proteção dos Direitos Fundamentais.

3. A INDERROGABILIDADE NO SISTEMA GLOBAL DE PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

As transformações ocorridas após a hecatombe do Holocausto criaram as condições necessárias para que os Direitos Humanos se convertessem em tema de legítimo interesse² internacional, transcendendo o âmbito estritamente doméstico, propiciando o reexame do princípio da soberania absoluta do Estado. Através da universalização destes direitos, fez com que os Estados consentissem em submeter ao controle da comunidade internacional o que até então era de competência exclusiva do Estado.

O processo de universalização dos direitos humanos, como ensina Piovesan (2012, p. 225-226), *“traz em si a necessidade de implementação desses direitos, mediante a criação de uma sistemática internacional de monitoramento e controle – a chamada international accountability”*.

Como já destacado, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 não apresenta força jurídica obrigatória nem vinculante, por se tratar de uma Declaração e não

¹ A referida Proclamação propugnou pela garantia das leis internacionais visando às liberdades, conforme assegura Cançado Trindade (2000, p. 53-54), *“pelas leis de todos os países, a cada ser humano, da liberdade de expressão, de informação, de consciência e de religião”, assim como do “direito de participar na vida política, econômica, cultural e social de seu país”*.

² A Conferência Internacional dos Direitos Humanos declarou solenemente que: *“2. A Declaração Universal de Direitos Humanos enuncia uma concepção comum a todos os povos de direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana e a declara obrigatória para a comunidade internacional”*.

de um Pacto, uma Convenção ou um Tratado. Contudo, reconhece que é necessário estabelecer um núcleo inderrogável de Direitos Humanos Fundamentais, para consagração de um código comum a ser seguido por todos os Estados-nação.

Dentre as dificuldades, pós Declaração de 1948, estava justamente a sua eficácia para assegurar o reconhecimento e a observância dos direitos nela previstos, chegando à conclusão da necessidade de se “juridicizar” sob a forma de tratado internacional, juridicamente obrigatório e vinculante no âmbito do Direito Internacional.

Os debates para formação dessas normas internacionais começaram em 1949 e concluíram-se apenas em 1966, com a elaboração de dois tratados internacionais distintos: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Ambos passaram a integrar os direitos constantes na Declaração de 1948.

No que tange ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o instrumento reconheceu em seu art. 4º, inciso 2 que não poderia haver derrogação dos artigos 6º, 7º e 8º (§§ 1º e 2º), 11, 15, 16 e 18, inabilitando assim, que qualquer indivíduo ou Estado pudesse praticar quaisquer atos que visassem destruir os direitos ou liberdades reconhecidos, ou ainda, que importasse em limitações mais amplas do que as previstas no instrumento.

Do referido texto extrai-se que o núcleo inderrogável de direitos estabelecido neste pacto engloba o direito à vida, com disposições referentes ao genocídio, à proteção especial aos menores e às mulheres; a imposição da proibição da tortura, a penas e tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes sob quaisquer aspectos; a proibição da escravidão, e do tráfico de escravos, em todas as suas formas; a proibição de prisão por descumprimento de cláusula contratual; regras referentes à extradição; o reconhecimento da personalidade jurídica; e o direito às liberdades de pensamento, consciência e religião.

Já no tocante ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, estabeleceu em seu art. 4º que os Estados Partes somente poderiam submeter a limitações os direitos previstos no instrumento, através de lei, na medida compatível com a natureza desses direitos e exclusivamente para favorecer o bem-estar geral da sociedade.

Desta forma, estabeleceu nos artigos 5º, 6º, 7º, 9º e 10º um núcleo inderrogável de direitos, por meio dos quais a restrição ou suspensão destes, seja por um indivíduo ou pelo Estado, não pode afetar tais direitos.

Desta forma, ficou reconhecida, entre outras medidas, a inderrogabilidade de direitos no que tange ao direito de se ter um trabalho, através de políticas públicas que propiciem a inclusão, a orientação e a formação técnica e profissional; estabelecer condições justas e favoráveis; o direito à filiação em sindicato; o direito à previdência social e a proteção à família.

Com efeito, quanto à conjugação desses instrumentos internacionais, como observa Piovesan (2012, p. 226-227), “*simbolizou a mais significativa expressão do movimento internacional dos direitos humanos, apresentando central importância para o sistema de proteção em sua globalidade*”.

A Carta Internacional dos Direitos Humanos é fruto da elaboração desses pactos, denominada *International Bill of Rights*, composta pela Declaração de 1948 e pelos dois pactos internacionais de 1966, como destaca Donnelly (2003, p. 27),

In contemporary order, the rights listed in the International Bill of Rights represent the broad consensus about the minimal requirements for a life with dignity. The rights listed in this International Charter can be conceived of as rights that reflect a moral view of human nature, to understand human beings as autonomous and equal individuals who deserve equal consideration and respect.

A busca pela concepção de direitos que refletissem uma visão moral da natureza humana, compreendendo os seres humanos como indivíduos autônomos e iguais, culminou com a promulgação da Carta Internacional de Direitos, representando o consenso alcançado acerca da criação de um núcleo inderrogável de direitos, necessários para uma vida com dignidade.

Essa Carta inaugurou o sistema global de proteção dos Direitos Humanos, em conjunto com o sistema regional de proteção, nos âmbitos europeu, interamericano, africano e mais recentemente asiático, ampliado com o advento de diversos tratados multilaterais de direitos humanos, pertinentes a determinadas e específicas violações de direitos, como o genocídio, a tortura, as discriminações raciais e contra as mulheres, a violação dos direitos das crianças, entre outras formas específicas de violação.

A despeito dos outros tratados internacionais, os que versam sobre Direitos Humanos não visam estabelecer um equilíbrio entre os interesses individuais e os

Estados, mas garantir o exercício de direitos e liberdades fundamentais ao ser humano, dando enfoque à relativização da soberania nacional, a fim de que os interesses da humanidade possam ser atingidos, e que as violações sejam assim, reduzidas.

A Carta Internacional de Direitos, como sugerem Claude e Weston (1989, p. 8), especifica: *“It is just the beginning and not the end of the legislative drafting process relating to international human rights within the United Nations and other bodies”*. Não pretende, contudo, substituir o sistema nacional, mas apenas suprimir as omissões e deficiências.

No sistema internacional de proteção dos direitos humanos, há uma dupla responsabilidade: primeiro o Estado deve proteger esses direitos, e, segundo, a comunidade internacional tem o dever subsidiário, uma garantia adicional de proteção, contra falhas e omissões das instituições nacionais.

Sob esse prisma é importante destacar os tratados internacionais que constituem referência obrigatória ao sistema de proteção internacional dos Direitos Humanos, tanto no âmbito global quanto em âmbito especial, estruturando os instrumentos disponíveis para efetivar a tutela desses Direitos Fundamentais.

A manifestação unânime dos Estados quanto à Declaração de 1948, como observa Sidney Guerra (2014, p. 61-62), *“sem que houvesse nenhuma reprovação ou reservas, defere uma condição importante para a Declaração, transformando-a em um verdadeiro ‘Código Internacional dos Direitos Humanos’ a ser seguido por todos os povos”*.

A Declaração contou com a manifestação favorável de 48 Estados e 8 abstenções (África do Sul, Arábia Saudita, Bielo-Rússia, Tchecoslováquia, Iugoslávia, Polônia, Ucrânia e URSS). Sob esse novo paradigma passa-se a vincular aos Direitos Humanos Fundamentais a concepção de um bem comum, ou um núcleo inderrogável de Direitos Fundamentais com o objetivo de emancipar o ser humano de todo tipo de servidão, passando o plano de proteção a ser universal, isto é, inerente a todo ser humano.

A respeito dessa universalidade dos Direitos Humanos, Bobbio (1992, p.29-30) aponta três fases na formação das declarações de direitos, indicando como última, a da sua universalidade:

As declarações nascem como teorias filosóficas. Sua primeira fase deve ser buscada na obra dos filósofos [...] a ideia de que o homem enquanto tal tem direitos, por natureza, que ninguém (nem mesmo o Estado) lhe pode subtrair,

e que ele mesmo pode alienar (mesmo que, em caso de necessidade, ele os aliene, a transferência não é válida). [...] Enquanto teorias filosóficas, as primeiras afirmações dos direitos do homem são pura e simplesmente a expressão de um pensamento individual: são universais em relação ao conteúdo, na medida em que se dirigem a um homem racional fora do espaço e do tempo, mas são extremamente limitadas em relação à sua eficácia, na medida em que são (na melhor das hipóteses) propostas para um futuro legislador.

O segundo momento da história da Declaração dos Direitos do Homem consiste, como observa Bobbio (1992, p. 29-30),

na passagem da teoria à prática, do direito somente pensado para o direito realizado. Nessa passagem, a afirmação dos direitos do homem ganha em concreticidade, mas perde em universalidade. Os direitos doravante protegidos (positivados) valem somente no âmbito do Estado que os reconhece.

A partir da Declaração de 1948, tem início uma terceira e última fase, na qual a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva, como também destaca Bobbio (1992, p. 29-30),

Universal no sentido que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado.

Apesar de todo o contexto envolvido na formação da Declaração dos Direitos Humanos, há conscientização de que o mundo precisava de normas moralizadoras. Alguns autores³ sustentaram que os Direitos Humanos não poderiam ser concebidos de maneira universal, mas apenas de forma setorializada ou regional.

Esse posicionamento relativista tem como base o fato da não obrigatoriedade da Declaração de 1948, e o número limitado de Estados que participaram na redação (56 Estados), o que, segundo eles, não expressaria a vontade de todos os povos do planeta.

Outra corrente denominada relativismo cultural apontou que a Declaração de 1948 por se tratar de direito costumeiro, vincularia os Estados, possuindo força cogente, conforme destaca Sidney Guerra (2013, p. 108):

Essa ideia é, de certo modo, bastante interessante, haja vista que para ser invocado o costume, como norma internacional, devem ser observadas as seguintes características, a saber: prática comum, resultante da repetição uniforme de certos atos na vida internacional; prática obrigatória, considerada

³ “É sabido que os direitos humanos não são universais na sua aplicação. Actualmente são consensualmente identificados quatro regimes internacionais de aplicação de direitos humanos: o europeu, o inter-americano, o africano e o asiático” (SANTOS, 2006, p. 442).

norma que deve ser respeitada pelos membros da Sociedade Internacional; e prática evolutiva, pois se adapta às novas circunstâncias sociais.

A crítica a este pensamento decorre justamente do número limitado de Estados que participaram na redação do texto da Declaração, muito embora, à época o número de Estados existentes no plano internacional fosse extremamente limitado, em razão do grande número de colônias, que em função da opressão, não contemplavam a visão de todos os povos.

Contudo, a essa corrente somam-se outros argumentos, conforme ensina Piovesan (2012, p. 165):

A incorporação das previsões da Declaração atinentes aos direitos humanos pelas Constituições nacionais; as referências feitas pelas resoluções das Nações Unidas à obrigação legal de todos os Estados em observar a Declaração Universal e decisões proferidas pelas Cortes nacionais que se referem à Declaração Universal como fonte do direito. [...] A Declaração de 1948, ainda que não assuma a forma de um tratado internacional, apresenta força jurídica obrigatória e vinculante, na medida em que constitui a interpretação autorizada da expressão direitos humanos constantes nos arts. 1 (3) e 55 da Carta das Nações Unidas.

Com base nessas teorias universais e relativistas, coloca-se em xeque se a Declaração de 1948 realmente representa um núcleo inderrogável de Direitos Humanos Fundamentais em âmbito global, e se pelo fato de ser uma concepção ocidental haveria aplicabilidade a todos, em especial aos povos da África e da Ásia, uma vez que estes não tinham reconhecida sua personalidade jurídica internacional.

Nesse contexto, alguns autores⁴ sustentam a possibilidade de uma coexistência pacífica de grupos de pessoas com histórias, culturas e identidades diferentes, possibilitada através da tolerância e do diálogo, haja vista que a sociedade internacional é uma anomalia e que essa tolerância é uma característica essencial da soberania e uma causa importante da sua atração.

Diplomatas e estadistas adotam em geral atitudes espúrias e condenáveis. Aceitam a lógica da soberania e são capazes de negociar com tiranos e assassinos. Conforme observa Walzer (1999, p. 29),

Precisam acomodar os interesses dos países cuja cultura ou religião dominante perdoa, por exemplo, a crueldade, a opressão, a misoginia, o racismo, a escravidão e a tortura. Quando os diplomatas apertam as mãos de tiranos ou com eles se sentam à mesa, estão, por assim dizer, usando luvas. As ações não

⁴ “A soberania garante que ninguém daquele lado da fronteira pode interferir nas atividades deste lado. As pessoas de lá podem ser resignadas, indiferentes, estoicas, curiosas ou entusiastas com referência às práticas daqui, e por isso, talvez não se sintam propensas a interferir” (WALZER, 1999, p. 28).

têm importância moral. Mas os acordos firmados têm: são atos de tolerância. Em nome da paz do porque acreditam que a reforma cultural ou religiosa deve vir de dentro, deve resultar de trabalho local, eles reconhecem o outro país como membro soberano da sociedade internacional.

Para os adeptos da teoria do relativismo cultural, os Direitos Humanos devem ser analisados sob vários contextos, dentre eles, histórico, político, econômico, moral e cultural. Sob estas perspectivas, tais direitos devem ser concebidos de acordo com os valores de um determinado Estado e não podem ser definidos em escala global.

Configura-se, desta forma, o multiculturalismo, que na visão de Garcia (2001, p. 67),

Hace referencia a la convivencia en un mismo país o región de tradiciones culturales distintas y indica mezcla de culturas y por tanto de visiones sobre la vida y los valores, diferentes y opuestos entre sí. [...] El multiculturalismo en lo que tiene de diálogo entre culturas, de convivencia en paz y libertad, de comparación y contrastación crítica entre culturas es un fenómeno claramente positivo. Sin embargo, hay que tener en cuenta que si va acompañado de una postura relativista (es decir, que da el mismo valor a toda cultura, tanto las pluralistas como las no pluralistas), entonces resulta incompatible, con la defensa de valores universales, que son las que requiere una fundamentación racional de los derechos humanos.

Um dos grandes desafios dessa corrente do multiculturalismo relativista está na concepção dos Direitos Humanos serem direitos universais. Assim, para seguir a orientação do século XX protegendo à pessoa humana e disseminando o mecanismo e os órgãos de proteção desses direitos, uma visão particularizada não reúne um núcleo essencial de Direitos Humanos Fundamentais, mas dissemina uma concepção de vários sistemas que compõem este núcleo.

Na esteira da corrente relativista, sustenta Santos (2006, p. 442):

os direitos humanos não são universais na sua aplicação, [...] um dos debates mais acesos sobre os direitos humanos gira à volta da questão de saber se os direitos humanos são universais, ou pelo contrário, um conceito culturalmente ocidental e também os limites de sua validade.

Ainda acerca dos desafios dos Direitos Humanos Fundamentais que invocam a existência de diferentes culturas, ideologias e visões de mundo, aborda De Lucas (1994, p.33), “*la realidad multicultural de las sociedades hacia las que nos encaminamos, reivindican un relativismo cultural que, forzosamente, debería ser también ético y jurídico*”.

No entanto, essa visão de que os Direitos Humanos são meramente arranjos de tolerância deve ser evitada visando a não ocorrência de ações que possam ferir a

dignidade da pessoa humana, justificada, às vezes, por uma pretensa diferença cultural, ideológica ou religiosa.

Para firmar um diálogo intercultural (interpretação que vise envolver diferentes concepções e pontos convergentes), Santos (1999, p. 445-447) invocou a hermenêutica diatópica, estabelecendo assim, cinco premissas para interpretar e superar o posicionamento polarizado de universalismo e relativismo:

A primeira premissa é a de superação do debate sobre o universalismo e relativismo cultural. Trata-se de um debate intrinsecamente falso, cujos conceitos polares são igualmente prejudiciais para uma concepção emancipatória de direitos humanos. Todas as culturas são relativas, mas o relativismo cultural, enquanto posição filosófica, é incorreto. [...]

A segunda premissa é que todas as culturas possuem concepções de dignidade humana, mas nem todas elas a concebem em termos de direitos humanos. [...]

A terceira premissa é que todas as culturas são incompletas e problemáticas nas suas concepções de dignidade humana. [...]

A quarta premissa é que nenhuma cultura é monolítica. Todas as culturas comportam versões diferentes de dignidade humana, algumas mais amplas do que outras, algumas com um círculo de reciprocidade mais largo do que outras, algumas mais abertas a outras culturas do que outras. [...]

Por último, a quinta premissa é que todas as culturas tendem a distribuir as pessoas e grupos sociais entre dois princípios competitivos de pertença hierárquica. [...]

Ao estabelecer essas premissas, o que se busca é um diálogo intercultural de Direitos Humanos, a fim de fomentar o debate acerca da matéria, considerando os diversos sentidos locais, em especial quando existem posicionamentos antagônicos acerca de conceitos que envolvem liberdade, individualidade, sexualidade e Direitos Humanos, sobre os quais não é possível adotar um posicionamento global ou neutro, nem se trata apenas de uma situação de mera preferência.

O relativismo deve ser objeto de uma revisão crítica que exige diferenciar relativismo, diversidade e pluralismo, conforme observa Garcia (2001, p. 71):

La diversidad y el pluralismo morales son, en muy buena medida, rasgos notables de nuestro tempo en países que pueden llamarse, de veras, modernos, por otro lado, seria arriesgado, sin embargo, no contemplar la posibilidad de que las sociedades relativamente liberales, democráticas y secularizadas de hoy posean, a pesar de todo, algún género de constitución moral. Una constitución moral común a todas ellas, aunque tal vez poco consolidada y en algunos casos sólo em ciernes. Lo sería, sobre todo, si no tomáramos en serio el supuesto sociológico clásico de que, sin tal constitución, no es posible un orden social duradero y fructífero, ni eticamente aceptable.

De todo modo, a crítica persiste quanto à aplicação da Declaração de 1948 aos povos asiáticos e africanos, haja vista que a percepção de Direitos Humanos Fundamentais corresponde a uma ideia ocidental, não se adequando à realidade de uma

diversidade cultural, que até mesmo poderá impor normas incompatíveis às necessidades da região.

A aceitação de justificativas culturais a condutas que violam os Direitos Humanos carregam uma forte conotação totalitária, conforme observa Ramos (2013, p. 194),

na medida em que pode significar a coerção daqueles que, embora membros da comunidade, não mais se identificam com seus valores. Sempre é bom lembrar que o relativismo cultural da temática dos direitos humanos pode, à custa da liberdade, restringir indivíduos a papéis preestabelecidos, o que nos mostra o caráter libertário e de ruptura da temática dos direitos humanos.

Muito embora a realidade ocidental à época da elaboração da Declaração de 1948 fosse muito distinta das culturas africana e asiática, percebeu-se que os direitos consagrados no documento foram aos poucos inseridos na consciência de seus nacionais, corroborando, inclusive, na luta pela descolonização.

São mais prudentes e mais construtivas as várias tentativas de compatibilizar o particularismo das diversas culturas com a efetivação da universalização dos direitos, conforme enfatiza Lindgren Alves (2005, p. 34),

Essa tarefa intelectual é complexa na medida em que a própria noção de direitos, assim como a do indivíduo, é oriunda do Ocidente. As culturas não ocidentais sempre acentuaram os deveres, privilegiando o coletivo sobre o pessoal, fosse em prol da ‘harmonia’ social, fosse em defesa da ordem e da autoridade, religiosa ou secular, não importando sua arbitrariedade ou o grau de sofrimento exigido na vida de cada um.

Para se tentar compreender a razão de Estados não ocidentais terem ratificado os documentos internacionais de direitos humanos, criando um sistema regional próprio, tem-se a própria estrutura ontológica da pessoa humana, ao reinserir a moral como razão pública, sem quaisquer apelos a questões religiosas, costumeiras ou políticas.

Ademais, pode-se justificar a adesão de outras culturas, não ocidentais, as solenes declarações de Direitos Humanos elaboradas após a Declaração de 1948, como decorrentes da reinserção da moral, que valoriza o homem e a coexistência entre diferentes civilizações.

A origem desses documentos internacionais de proteção dos Direitos Humanos é ocidental, contudo, conforme salienta Macedo (1999, p. 141), “*mas válidos para todo o mundo, e hoje constituem-se um problema de responsabilidade interna de cada país, e, só esgotadas as instâncias internas, caberá uma atuação de órgãos internacionais*”.

Refutando as ideias contrárias à universalização dos direitos humanos, Perez Luño (1998, p. 86-87) adverte, “*no es sólo el plano de los movimientos políticos donde se producen estos ataques contra el universalismo, también en el plano de las ideas han aparecido tesis y doctrinas que coinciden en erosionar la idea de la universalidad de los derechos*”.

A tese da universalidade dos Direitos Humanos ganhou força de forma inequívoca a partir das Conferências Mundiais de Direitos Humanos, em Teerã (1968) e a de Viena (1993), simbolizando os marcos teóricos no processo de internacionalização dos Direitos Humanos e a afirmação de sua universalidade.

A Conferência Mundial de Teerã visou instar os Estados para que aderissem aos dois Pactos e a outros instrumentos internacionais de Direitos Humanos, de modo a assegurar a prevalência do princípio da universalidade dos direitos humanos, além de propor a adoção de procedimentos padrão, a fim de garantir a necessária coordenação e eficiência dos órgãos de supervisão dos tratados de Direitos Humanos das Nações Unidas.

Essa nova visão global e integrada de todos os Direitos Humanos, segundo Cançado Trindade (2006, p. 57), “*constitui a grande contribuição da I Conferência Mundial de Direitos Humanos para os desenvolvimentos subsequentes da matéria, estando, a partir de então, o campo efetivamente aberto para a consagração da tese da inter-relação ou indivisibilidade dos direitos humanos*”.

Este é o ponto fulcral para abertura do diálogo a fim de se estabelecer um núcleo inderrogável de Direitos Humanos Fundamentais, preparado na Conferência Mundial sobre Direitos Humanos de Viena, que estabeleceu importantes pressupostos programáticos indispensáveis à universalização dos direitos humanos: a inter-relação entre desenvolvimento, direitos humanos e democracia; a legitimidade do monitoramento internacional de suas violações; o direito ao desenvolvimento e a interdependência de todos os direitos fundamentais.

A Declaração de Viena, com suas recomendações programáticas, constitui o documento mais abrangente sobre a matéria na esfera internacional e traz características singulares, conforme acentua De Lucas (1994, p. 56),

Sólo al final llegó al consenso sobre el carácter universal de los derechos humanos y el hecho de que la diversidad cultural no puede ser invocada para justificar su violación, es decir, a pesar de las diversas particularidades históricas, culturales, étnicas y religiosas deben tenerse en cuenta es el deber

de los Estados de promover y proteger los derechos humanos, independientemente de sus sistemas.

O caráter universal dos Direitos Humanos legitima o diálogo para estabelecer um núcleo inderrogável de direitos, partindo da premissa da diversidade cultural, com particularidades históricas, culturais, étnicas e religiosas, atribuindo aos Estados o dever de promover e proteger tais direitos, independentemente dos respectivos sistemas.

O sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos saiu fortalecido da Conferência de Viena, haja vista que os princípios consagrados visavam à globalização dos mecanismos voltados à concretização desses Direitos Fundamentais, com a consequente constitucionalização das regras de conduta da sociedade, através da relativização da soberania dos Estados e da própria formação de tribunais internacionais para julgar matérias relativas a estes direitos.

Esse sistema internacional de proteção, contudo, não se restringe aos mecanismos convencionais como os Pactos, Tratados e Convenções, mas abrange também mecanismos não convencionais, isto é, decorrentes de resoluções elaboradas por órgãos criados pela Carta das Nações Unidas, como a Assembleia Geral, o Conselho Econômico e Social e a Comissão de Direitos Humanos.

A diferença a ser estabelecida entre os mecanismos convencionais e não convencionais pode pautar-se no primeiro caso, conforme observa Piovesan (2012, p. 306), *“na inexistência de Convenções específicas sobre o direito violado, na ausência de ratificação pelo Estado-violador de uma Convenção determinada ou na existência de forte opinião pública favorável à adoção de medidas de combate à violação”*.

Em contrapartida, a escolha de mecanismos convencionais poderia ser baseada, segundo Piovesan (2012, p. 307),

Na efetiva ratificação de uma Convenção específica pelo Estado-violador, na ausência de vontade política dos membros da Comissão em adotar medidas contra as violações cometidas por determinado Estado, na intenção de construir precedentes normativos ou na inexistência de opinião pública suficientemente forte para legitimar um procedimento de elevada natureza política, como são os procedimentos adotados pela então Comissão de Direitos Humanos.

Percebe-se, quanto aos mecanismos não convencionais, que atendem a medidas urgentes de proteção de caráter essencialmente preventivo, no tocante a mecanismos temáticos como execuções arbitrárias ou sumárias, à tortura, a desaparecimentos forçados ou involuntários e à detenção arbitrária, através da indicação de relatores especiais para países determinados.

O sistema global de proteção dos Direitos Humanos compreende mecanismos tanto convencionais quanto não convencionais, que apresentam características consideravelmente diversas, devendo ser utilizados aqueles que atendam melhor cada caso específico, considerando ser ou não o Estado-violador pertencente à determinada convenção, haver pressão política necessária para sensibilizar órgãos de proteção, e existir ou não interesse em construir precedentes normativos.

Ainda que consideradas as limitações vigentes no sistema global de proteção, a possibilidade de submeter o Estado ao monitoramento e controle da comunidade internacional, no magistério de Piovesan (2012, p. 315), “*sob o risco de uma condenação política e moral no fórum da opinião pública internacional, parece uma importante estratégia a ser utilizada e potencializada pelos indivíduos titulares de direitos internacionais*”.

As Nações Unidas têm contribuído de forma significativa para promover e proteger os Direitos Humanos, como observa Meron (1986, p. 5),

It has adopted conventions and declarations regulating most aspects of the relationship between governments and the governed; It has established important procedures for the implementation and supervision of rules contained in such instruments; It has also encouraged the principle of international accountability in relation to the way governments treat individuals and groups.

Desta forma, as convenções e declarações têm disciplinado boa parte dos aspectos que envolvem governos e governados, além de estabelecer importantes procedimentos para a implementação e supervisão de normas constantes nestes instrumentos, relativamente à forma pela qual os governos tratam os indivíduos e grupos.

Os instrumentos criados, a fim de proteger os Direitos Humanos Fundamentais, ainda assumem outra função, qual seja a de legitimar os governos tanto no âmbito doméstico quanto no internacional, destacando-se assim a universalização desses direitos e sua observância como critério fundamental no atual Estado Democrático de Direito.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A consagração dos Direitos Humanos Fundamentais decorre da mudança de paradigma propiciada por uma série de lutas, que representam avanços e retrocessos e influenciaram diretamente na formação do constitucionalismo moderno, em âmbito global e regional, consolidando o Direito Internacional dos Direitos Humanos como símbolo do século XX e o fim da Segunda Guerra Mundial.

Essa roupagem constitucional de proteção dos direitos surge como o novo paradigma ético, a fim de reintroduzir a moral nos sistemas positivados, rompendo com o totalitarismo, que não reconhecia na pessoa humana a titularidade de direitos, emergindo a necessidade de reconstruir os Direitos Humanos, aproximando-se da moral.

Nesse cenário, conforme Hannah Arendt, o maior direito passa a ser, “o direito a ter direitos”, ou seja, o direito a ser sujeito de direitos, sem considerar questões étnicas, raciais ou econômicas, buscando reestabelecer a ordem internacional a partir de parâmetros que busquem criar um núcleo inderrogável de direitos, em observância à dignidade humana, apresentando instrumentos capazes de garantir a eficácia destes, por meio da introdução da ética e a moral no estabelecimento de normas globais e domésticas.

Este novo modelo rompe com os ideais do liberalismo, ao delimitar a soberania estatal, contrariando, desta forma, os princípios básicos da não intervenção dos Direitos Fundamentais dos Estados, causando discussão sobre a esfera de atuação desta intervenção não apenas em assuntos domésticos, mas abrangendo os problemas de natureza supranacional.

No intuito de se estabelecer esse núcleo inderrogável de direitos, seja na esfera global ou regional, são necessários sacrifícios, na ordem da delimitação da soberania estatal, submetendo-se aos órgãos ou comissões internacionais que podem aplicar sanções em caso de descumprimento ou violação a direitos ou garantias voltados à proteção da pessoa humana.

A proteção internacional dos Direitos Humanos assume protagonismo na agenda das instituições internacionais, restringindo a atuação do Estado, que sob esse novo enfoque não pode mais tratar os indivíduos como objetos, desumanizados, sem sofrer responsabilização na área internacional. Como exemplo destaca-se pioneiro o Tribunal de Nuremberg, em âmbito global, e mais recentemente os tribunais especiais regionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Os desafios encontrados com a nova roupagem do Direito Internacional, dentre outros, está em propiciar não apenas as normas internacionais, mas os meios e as ações para que os Direitos Humanos Fundamentais possam ser efetivados, corroborando para a criação desse núcleo inderrogável de direitos. Muito embora eles sejam afirmados nas Constituições dos Estados, reconhecidos e proclamados em âmbito internacional,

encontram dificuldades tanto em âmbito global quanto regional para garantir sua efetividade.

Para falar em proteção eficaz, relevante ressaltar a diversidade que compõe os Estados, e dentro desta premissa identificar e criar mecanismos capazes de fortalecer o núcleo inderrogável de direitos, mas também de atender às necessidades e especificidades de cada região.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, José Augusto Lindgren. **Os direitos humanos na pós-modernidade**. São Paulo: Perspectiva, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BUERGENTHAL, Thomas. **International human rights**. Minnesota: West Publishing, 1988.

CLAUDE, Richard Pierre; WESTON, Burns H. (eds.) **Human rights in the world community: issues and action**. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1989.

DE LUCAS, Javier. **El desafío de las fronteras: derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural**. Madrid: Temas de Hoy, 1994.

DONNELLY, Jack. **Universal human rights in theory and practice**. 2.ed. Ithaca: Cornell University Press, 2003.

GARCIA, Eusebio Fernandez. **Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita**. Madrid: Dickson, 2001.

GUERRA, Sidney. **Direitos humanos: na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Curso de direito internacional público**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Direitos humanos – curso elementar**. São Paulo: Saraiva, 2013.

HENKIN, Louis. **International law: politics, values and principles**. Boston: Martinus Nijhoff, 1990.

KELSEN, Hans. Will the judgment in the Nuremberg Trial constitute a precedente in international law? In: **The international law quarterly**. Cambridge: Cambridge University Press, 1947.

_____. **Teoria pura do direito**. 8.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MACEDO, Ubiratan Borges de. Direitos humanos e sua teoria. In: **Arquivos de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MELLO, Celso Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 11.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MERON, Theodor. **Human rights law-making in the United Nations: a critique of instruments and process**. Oxford: Clarendon Press, 1986.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. v.4. Coimbra: Coimbra, 2000.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 7.ed. Madrid: Tecnos, 1998.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Temas de direitos humanos**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Introdução ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: a Convenção Americana de Direitos Humanos. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: RT, 2000.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

SACHS, Ignacy. Desenvolvimento, direitos humanos e cidadania. In: **Direitos humanos no século XXI**. Instituto de Pesquisas de Relações Internacionais e Fundação Alexandre de Gusmão, 1998.

_____. **O desenvolvimento enquanto apropriação dos direitos humanos**. Estudos Avançados, n.12, 1998.

SALCEDO, Juan Antonio Carillo. **La asistencia humanitaria em derecho internacional contemporâneo**. Sevilha: Universidad de Sevilla, 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. São Paulo: Cortez, 2006.

_____. **La globalización del derecho**. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, 1999.

STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip. **International human rights in context – law, politic and morals**. 2.ed. Oxford: Oxford University Press, 2000.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas**. 2.ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

WALZER, Michael. **Da tolerância**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.