UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE

CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

JOSÉ ALBENES BEZERRA JÚNIOR

CONSTITUCIONALISMO INTERNACIONAL: DIREITOS HUMANOS SOB A ÓTICA DA GLOBALIZAÇÃO

NATAL, RN

2010

JOSÉ ALBENES BEZERRA JÚNIOR

CONSTITUCIONALISMO INTERNACIONAL: DIREITOS HUMANOS SOB A ÓTICA DA GLOBALIZAÇÃO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito parcial, para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva

NATAL, RN

2010

Catalogação da Publicação na Fonte. UFRN / Biblioteca Setorial do CCSA
Divisão de Serviços Técnicos

Bezerra Júnior, José Albenes.
Constitucionalismo internacional: direitos humanos sob a ótica da globalização / José Albenes Bezerra Júnior. – Natal, RN, 2010.
200 f.

Orientadora: Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva.
Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Direito - Dissertação. 2. Direitos humanos - Dissertação. 3. Democracia - Dissertação. 4. Globalização - Dissertação. 5. Constitucionalismo - Dissertação. I. Silva, Maria dos Remédios Fontes. II. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. III. Título.

RN/BS/CCSA CDU 341.231.14

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

CONSTITUCIONALISMO INTERNACIONAL: DIREITOS HUMANOS SOB A ÓTICA DA GLOBALIZAÇÃO

Dissertação apresentada pelo aluno José Albenes Bezerra Júnior à Universidade Federal do Rio Grande do Norte, em ___/ ____/ _____, recebendo o conceito _____conforme parecer da banca avaliadora constituída pelos professores:

_____
Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva (Orientadora)

_____
Prof. Dr. Artur Cortez Bonifácio (Professor Interno)

_____
Prof. Dr. Raymundo Juliano do Rego Feitosa (Professor Externo)

NATAL, RN

2010

Dedico esse trabalho aos meus pais, irmãos, familiares, professores e amigos.

AGRADECIMENTOS

À Professora Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva, orientadora dedicada e compreensiva, que soube tornar-se uma amiga, que aceitou minhas dúvidas e me estimulou a empreender esta caminhada.

Aos meus pais José Albenes Bezerra e Maria do Socorro Moreira Bezerra, verdadeiros tesouros da minha vida, pelo constante apoio, amor e compreensão.

Aos meus irmãos Jeirlania, Jullyana e Jean, aos meus cunhados Paulo Roberto e Giovanni; e aos meus sobrinhos por alegrarem o meu viver.

A todos os Professores do Curso de Mestrado, que me deram a honra de conhecê-los, pela construção do conhecimento no decorrer desta trajetória, especialmente ao Professor Doutor Artur Cortez Bonifácio e Professor Doutor Raymundo Juliano do Rego Feitosa, que, por ocasião de minha qualificação, prestaram valiosíssimo auxílio científico a este trabalho.

À querida amiga Lígia, que de forma brilhante e paciente conduz as atividades da Secretaria do Mestrado. Além, claro, das queridas e eficientes amigas Sarah e Cecília.

À amada colega, parceira e amiga Alba Paulo de Azevedo, por todo companheirismo em todas a fases das aulas, seminários e eventos.

A todos os colegas do Curso de Mestrado com quem trocamos experiências e, em especial, aos amigos-irmãos Érica, Rafael, Helena, Nilo, Fernanda, Valéria, Telêmaco, Ronaldo, Hudson, Carlos Sérgio, Marco Aurélio, Dijosete, Daniel, Adolfo e Valfredo pelo forte vínculo de amizade, pelo vasto apoio e colaboração emprestado ao meu trabalho.

RESUMO

O trabalho que ora se apresenta é resultado de pesquisa sobre a questão dos Direitos Humanos, em face de questões conflitantes como a incorporação dos tratados internacionais, a soberania dos estados, a globalização e o multiculturalismo. De modo específico, investiga-se a origem dos direitos humanos, ao lado do seu progressivo reconhecimento, desde as Revoluções até a sua concretização na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. A questão, contudo, apresenta-se mais ampla, quando analisada sob a perspectiva da internacionalização desses direitos como condições e limites da democracia. Em face da convergência acerca da recepção dos tratados internacionais de direitos humanos, analisa-se uma série de posicionamentos, inclusive recentes posicionamentos do Supremo Tribunal Federal, além da Emenda Constitucional n.45/2004. O estudo procura rever o clássico conceito de soberania, agora dentro de uma nova perspectiva fundada no aparecimento de certas limitações ao Estado e de uma crise em face da tutela aos direitos humanos. Analisa-se o fenômeno da globalização em face de sua complexidade e sua relação com a soberania e os direitos humanos na busca de uma expansão da democracia. O tema proposto coaduna-se, ainda, com a linha do Constitucionalismo contemporâneo, visto que sua abordagem mantém uma íntima ligação com as questões da soberania e globalização, além de uma atual relação com à proteção dos direitos humanos. A pesquisa busca analisar a formação de uma nova sociedade mundial dentro de uma visão de constitucionalização do direito internacional. Procura-se vislumbrar o modelo de invocação de precedentes jurisprudenciais estrangeiros e a possibilidade de diálogos entre Estados como forma de resguardar e efetivar a proteção dos direitos humanos.

Palavras-chaves: DIREITOS HUMANOS; DEMOCRACIA; SOBERANIA; GLOBALIZAÇÃO; CONSTITUCIONALISMO.

ABSTRACT

The work presented here is the result of research on the issue of human rights in the face of conflicting issues such as the incorporation of international treaties, the sovereignty of states, globalization and multuculturalism. Specifically, we will investigate the origin of human rights, alongside his growing recognition, from the Revolutions until its completion in the Universal Declaration of Human Rights in 1948. The question, however, has become broader, when analyzed from the perspective of the internationalization of these rights as conditions and limits of democracy. Given the convergence on the reception of international treaties on human rights, we analyze a series of positions, including recent placements of the Supreme Court, and Constitutional Amendment n.45/2004. The study aims to review the classical concept of sovereignty, now within a new perspective based on the appearance of certain limitations of the state and a crisis in the face of the protection of human rights. We analyze the phenomenon of globalization in light of its complexity and its relation to sovereignty and human rights in pursuit of an expansion of democracy. The theme is consistent also with the line of contemporary constitutionalism, since their approach has a close connection with the issues of sovereignty and globalization, as well as a current relationship with the protection of human rights. The research aims to analyze the formation of a new society within a global vision of the constitutionalization of international law. It seeks to glimpse the invocacion model of foreign precedents and the possibility of dialogue betweem States as a way of protecting and enforcing the protection of human rights.

Keywords: HUMAN RIGHTS; DEMOCRACY; SOVEREIGNTY; GLOBALIZATION; CONSTITUTIONALISM.

RÉSUMÉ

Le travail présenté ici est le résultat de la recherche sur la question des droits de l'homme face à des enjeux contradictoires tels que l'incorporation des traités internationaux, la souveraineté des États, la mondialisation et le multiculturalisme. Plus précisément, nous allons enquêter sur l'origine des droits de l'homme, aux côtés de sa reconnaissance de plus en plus, des révolutions jusqu'à son achèvement dans la Déclaration universelle des droits de l'homme en 1948. La question, cependant, est devenu plus large, lorsqu'il est analysé du point de vue de l'internationalisation de ces droits que les conditions et les limites de la démocratie. Compte tenu de la convergence sur la réception des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme, nous analysons une série de positions, y compris les stages récente de la Cour suprême, et l'amendement constitutionnel n.45/2004. L'étude vise à examiner le concept classique de la souveraineté, maintenant dans une nouvelle perspective fondée sur l'apparition de certaines limitations de l'Etat et une crise dans le visage de la protection des droits de l'homme. Nous analysons le phénomène de la mondialisation à la lumière de sa complexité et sa relation à la souveraineté et les droits de l'homme dans la poursuite d'une expansion de la démocratie. Le thème est compatible aussi avec la ligne du constitutionnalisme contemporain, depuis leur approche a un lien étroit avec les questions de souveraineté et la mondialisation, ansi que d ‘une relation actuelle avec la protecion des droits de l’homme. La recherche vise à analyser la formation d'une nouvelle société dans une vision globale de la constitutionnalisation du droit international. Il cherche à entrevoir le modèle invocation de précédents étrangers et la possibilité de dialogue entre les États comme un moyen de protéger et assurer la protection des droits de l'homme.

Mots-clés: DROITS HUMAINS; DÉMOCRATIE; LA SOUVERAINETÉ; LA MONDIALISATION; LE CONSTITUTIONNALISME.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO 11

2. A ORIGEM DOS DIREITOS HUMANOS 15

2.1 UM SURGIMENTO IRRESISTÍVEL E UMA FRAGILIDADE RESISTÍVEL DOS DIREITOS HUMANOS 19

2.2 O PROGRESSIVO RECONHECIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS A PARTIR DAS REVOLUÇÕES E PRETENSÃO DE UNIVERSALIZAÇÃO FACE À DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS DE 1948 29

2.3 DIREITOS HUMANOS COMO CONDIÇÕES E COMO LIMITES À DEMOCRACIA 49

2.4 INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DA DEMOCRACIA? 56

3. OS DIREITOS HUMANOS E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA 65

3.1 DIREITOS HUMANOS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 67

3.2 A INTERPRETAÇÃO DO ART.5º,§2º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988EM FACE DO PRINCÍPIO DA MÁXIMA EFETIVIDADE 72

3.3 AS TEORIAS SOBRE A INTERPRETAÇÃO E A HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E A EMENDA N.45/2004 77

3.3.1 A supraconstitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos 82

3.3.2 A constitucionalidade dos tratados internacionais de diretos humanos 83

3.3.3 A supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos 85

3.3.3 A legalidade dos tratados internacionais de direitos humanos 87

3.4 EMENDA CONSTITUCIONAL N.45/2004: EVOLUÇÃO, ESTAGNAÇÃO OU RETROCESSO NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS? 88

4. A SOBERANIA DOS ESTADOS: DO SURGIMENTO AO CENÁRIO ATUAL 92

4.1 CONCEITO E ANÁLISE DE SOBERANIA: DA ORIGEM À ATUALIDADE 93

4.2 O APARECIMENTO DE LIMITAÇÕES À SOBERANIA INTERNA 101

4.3 NOVOS ATORES E UMA NOVA CONCEPÇÃO DE SOBERANIA 106

4.4 A CRISE DA SOBERANIA NOS ESTADOS EM FACE DA TUTELA DE DIREITOS HUMANOS 111

5. OS ASPECTOS DA GLOBALIZAÇÃO EM FACE DOS DIREITOS HUMANOS 118

5.1 CONCEITO E COMPLEXIDADE DA GLOBALIZAÇÃO 118

5.2 GLOBALIZAÇÃO, SOBERANIA E DIREITOS HUMANOS 124

5.3 EXPANSÃO DA DEMOCRACIA UNITÁRIA RUMO À DEMOCRACIA GLOBAL 131

5.4 GLOBALIZAÇÃO, DIREITOS HUMANOS E DIÁLOGO INTERCULTURAL 134

6. UMA ABORDAGEM ACERCA DO CONSTITUCIONALISMO INTERNACIONAL 142

6.1 INTRODUÇÃO AO CONSTITUCIONALISMO 142

6.2 A FORMAÇÃO DE UMA SOCIEDADE MUNDIAL 152

6.3 CONSTITUIÇÕES ALÉM DO ESTADO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO NO PLANO DA ORDEM INTERNACIONAL 158

6.4 O MODELO DE INVOCAÇÃO DOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS ESTRANGEIROS 167

6.5 O CARÁTER PLURIDIMENSIONAL DOS DIREITOS HUMANOS 173

7. CAPÍTULO CONCLUSIVO: O DESPERTAR PARA UM NOVO CAMINHO EM BUSCA DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS 181

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 188

1. INTRODUÇÃO

Como tema global, os direitos humanos passam a ser preocupação legítima no âmbito internacional. Esse tema é central para a compreensão do fenômeno do Estado Democrático, cujo surgimento e evolução sempre estiveram relacionados ao limite da intervenção estatal na esfera individual, bem como à satisfação das demandas coletivas, como sujeito encarregado de realizar o valor da solidariedade social.

O recente surgimento dos sistemas de proteção dos direitos humanos, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aliado à atualidade do tema em tempos de globalização, mitigação da soberania e constitucionalismo contemporâneo, revelam a pertinência dos estudos.

É justamente neste cenário em que o processo de democratização do Brasil se conjuga com o processo de afirmação dos direitos humanos como tema global, que se assinala a reinserção do Brasil no plano do sistema de proteção internacional dos direitos humanos. Como forma de superar um prolongado período de violação das liberdades fundamentais e das acirradas desigualdades, filiou-se o País a um sistema jurídico que consagra universalmente os valores fundamentais da dignidade da pessoa humana e da justiça social.

Analisa-se, conjuntamente, com o crescimento da sociedade internacional e a inclusão de ativos partícipes, como as organizações não-estatais, como as organizações não-governamentais, as organizações internacionais temáticas, não se pode afastar, também, uma análise aguçada acerca do fenômeno da globalização, responsável pela mutação das relações internacionais.

A globalização das atividades em sociedade, provocada pelo fenômeno conhecido como pós-modernidade é representativa de seu dinamismo e processo de desenvolvimento dos vínculos em qualquer lugar do mundo. Diz respeito à intercessão entre presença e ausência, o entrelaçamento de eventos sociais e de relações sociais à distância com contextos sociais, mais sempre ligado a um sistema de comunicação. Desse modo, a estrutura de uma sociedade vincula-se a expectativas de comportamento.

A soberania, como um dos elementos do Estado, confere a este uma grande amplitude de ação na ordem jurídica internacional. A interpretação comum daquele detentor de soberania internacional é de que não se sujeita, isto é, não se subordina, a nenhuma outra ordem jurídica que não a própria; não obedece a nenhum outro Estado, nem tampouco aceita a existência de um super-Estado que paire sobre todos os demais homólogos.

Contudo, esse conceito de soberania vem encontrando limitações na reconstrução da ordem jurídica internacional; por força da ruptura de direitos, dos regimes totalitários que marcaram a primeira metade do século XX, os direitos humanos deixaram de pertencer à esfera de concessões estatais e passam a afirmações e análises universais.

Percebe-se na sociedade uma disseminação de problemas de ordem global os quais extrapolam os limites territoriais do Estado-nação e afetam o homem, independentemente de seus vínculos de pertença. Qualquer alternativa que possa fomentar o isolamento e o distanciamento entre culturas e entre nações impedirá a formação de diálogos, tão necessários à formação de uma política comum de responsabilidade e, também, dificultará uma relação de reciprocidade que respeite essa

universalidade dos direitos humanos como decorrência da humanidade de que compartilham os homens como tais.

O objeto específico do nosso trabalho é fazer uma análise da visão dos direitos humanos em face do fenômeno da globalização, dos limites da soberania, do multiculturalismo e da ideia de um constitucionalismo internacional.

No segundo capítulo, analisaremos a origem dos direitos humanos, desde suas origens até o seu progressivo reconhecimento, passando por seus documentos iniciais, desde a Virginia *Bill of Rights*, de 1776, até a Declaração Universal do Direitos Humanos, das Nações Unidas, de 1948. Analisa-se as diversas alterações ocorridas no âmbito jurídico internacional, no século XX, e o nascimento de uma espécie de internacionalização desses direitos, além dos fatores que contribuíram para essa internacionalização, com a volumosa produção normativa internacional, o grande interesse das organizações internacionais pelo tema e a criação de mecanismos internacionais de fiscalização de violações de direitos humanos e responsabilização de Estados ou indivíduos que cometem tais infrações.

Assim, no *terceiro capítulo*, mostraremos a questão dos tratados internacionais de direitos humanos e sua real vinculação com a Constituição Federal Brasileira de 1988. Analisaremos as teorias das interpretações que discutem o âmbito de aceitação e recepção desses tratados perante o poder judiciário, além da nova vertente oriunda da Emenda Constitucional n.45/2004.

No *capítulo quarto*, abordaremos a questão da soberania, um dos elementos do Estado, de conceito complexo, e que alimenta discussões contundentes, tanto em relação à origem, quanto à formação, à titularidade e à extensão. Demonstrando ser, ainda,

campo insaciável para investigações, abordaremos a soberania sob a perspectiva das limitações e a crise em face da tutela dos direitos humanos.

O *quinto capítulo* abordará a o fenômeno da globalização, analisada dentro de sua complexidade e sua relação com os tratados internacionais de direitos humanos, além da relação com o conceito de soberania. Discutir-se-á a expansão de uma democracia unitária em face de uma democracia plural e a ideia de um interculturalismo.

O *sexto capítulo* tratará de um constitucionalismo em âmbito internacional analisado, inicialmente, sob uma visão histórica do constitucionalismo. O capítulo mostra um constitucionalismo na ordem internacional, em face de inúmeras constituições que visam a proteção e efetivação dos direitos humanos. Analisar-se-á, também, a invocação de precedentes jurisprudenciais estrangeiros como forma de efetivação e concretização desses direitos, mostrando, com isso, o caráter pluridimensional dos direitos humanos.

No capítulo conclusivo, será feita menção a essa nova vertente que busca a efetivação dos direitos humanos. Uma visão que busca a quebrar as barreiras de assuntos que até pouco tempo eram cristalizados e intocáveis. Hoje, não se pode olvidar da aplicabilidade dos direitos humanos em face de questões limitativas.

2. A ORIGEM DOS DIREITOS HUMANOS

O processo de concretização jurídica desconhece um marco inicial na qual as pessoas, de forma súbita e espontânea, tivessem optado por adotar uma linha de pensamento jurídico, com a finalidade de criar e propiciar uma ordem jurídica.

Muitas pessoas afirmam que os direitos são universais, que todos nós possuímos determinados direitos fundamentais pelo simples motivo de sermos humanos. Por outro lado, há muitos que afirmam que os direitos são uma invenção do Ocidente histórico, por determinadas culturas que, em defesa dos próprios interesses, busca espalhar suas ideias e até impô-las sobre outras culturas, ignorando as tradições destas.

Segundo William A. Edmundson[1], "uma das maneiras de tentar a reconciliação de opiniões conflitantes quanto à natureza do direito é rastrear a história dos discursos dos direitos pra verificar se estes – ou algo equivalente – são reconhecidos em todas em culturas e em todas as épocas".

Contudo, aqueles que buscarem essa origem, essa natureza, jamais atingirão seus objetivos e, consequentemente, ficarão malogrados. Segundo a linha de pensamento de Heiner Bielefeldt[2]:

> O respeito imposto ao Direito não pode sustentar-se em figuras históricas e seus feitos, pois a história humana, como todas as ações humanas, sempre está permeada de contradições. Somente de forma indireta – e isso como representação histórico-contingencial da ideia jurídica – documentos históricos podem ser considerados fontes jurídicas corretas que, no entanto, sempre devem ser consideradas críticas, em razão da consciente e permanente diferença entre ideia e história.

---

[1] EDMUNDSON, Willian A. **Uma introdução aos Direitos**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 7-8.

[2] BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos Direitos Humanos**. Coleção Focus, vol.4. São Leopoldo: Unisinos, 2005. p.101-102.

Essas ideias são válidas, também, para a história dos direitos humanos – fruto de uma filosofia moderna, surgida no século XVII e, consequentemente, de seus documentos iniciais, desde a Virginia *Bill of Rights*, de 1776, até a Declaração Universal do Direitos Humanos, das Nações Unidas, de 1948.

Tanto esses como outros documentos mantêm sua relevância como um norte histórico dentro de um discurso sobre o real surgimento dos direitos humanos que, sem esses relatos, ficaria vago e sem sentido. E como a linha de pensamento sobre direitos humanos é fundamental uma tendência de inclusões de pretensões jurídicas concretas dentro de constituições e tratados internacionais, essa discussão não pode jamais distanciar-se dos textos e instituições jurídicas.

A concretização histórica dos direitos humanos é, portanto, desde o seu nascedouro, não apenas um processo de várias tentativas de legalização, de reivindicação por liberdade, igualdade e participação, mas, de forma constante, uma história de lutas contra a unilateralidade na positivação de normas referentes aos direitos humanos que, através de novos dispositivos jurídicos, criaram novas injustiças ou fixaram antigas.

Uma das maiores arbitrariedades que feriram a ideia dos direitos humanos desde o seu surgimento foi a continuidade da escravidão nos Estados Unidos, sendo que, o caráter de injustiça desse ato reprovável, a escravidão, não podia ser contestada. Isto quer dizer que, embora fosse conferido inalienáveis direitos e uma universal igualdade a todos os humanos, ao mesmo tempo numerosos escravos eram mantido até o final de sua vida, demonstrando uma flagrante contradição que até hoje contribui para expor a aplicação de direitos humanos à suspeita de hipocrisia. Segundo Heiner Bielefeldt:

> Por outro lado, o rol de direitos humanos oriundos da Revolução Americana contribuiu para a superação da escravidão, mesmo que contrariamente à vontade de alguns de seus autores. Assim, em 1783, a escravidão foi extinta em Massachusetts, como consequência em um procedimento jurídico no qual se havia constatado que a escravidão não se coadunava com o *Bill off Rights* desse Estado. De acordo com Gerald Stourzh, o caso Quok Walker de 1783 constitui comprovante histórico de que normas referentes a direitos humanos na América emanavam de decisões jurídicas que auxiliaram a superar situações políticas e sociais injustas.[3]

Com isso, os direitos humanos são tanto criações quanto criadores da modernidade, a grande invenção política e jurídica dos ideais políticos e das jurisprudências modernas.

Neste contexto, o reconhecimento internacional dos direitos humanos assinala o fim de um passado, embora mantenha e realize, simultaneamente, seu potencial para a liberdade e a igualdade individuais. Apesar disso, outras violações aos direitos humanos, também, têm sido cometidas nos últimos séculos do que em qualquer outro período da história. Segundo Costas Douzinas[4]:

> A passagem do Direito Natural clássico para os direitos humanos contemporâneos é, portanto, marcada por duas tendências analiticamente independentes, porém historicamente ligadas. A primeira transferiu o padrão de direito da natureza para a história e, com o tempo, para a humanidade ou civilização. Este processo pode ser chamado de positivação da natureza. Seu lado inverso é a legalização – incompleta – da política, que torna o Direito Positivo o terreno não apenas do poder, mas também de sua crítica. A segunda tendência, intimamente relacionada à primeira, foi a legalização do desejo. O homem foi transformado no centro do mundo, seu livre-arbítrio tornou-se o princípio da organização social, seu desejo infinito e irrefreável conquistou reconhecimento publico.

---

[3] BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos Direitos Humanos**. Coleção Focus, vol.4. São Leopoldo: Unisinos, 2005. p.103.

[4] DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Col. Díke. São Leopoldo: Unisinos. 2007. p.37-38.

Essa análise procedimental dupla determina-se o caminho que une historicamente, mas separa politicamente, o discurso clássico da natureza e a prática contemporânea dos direitos humanos.

Segundo Rogério Gesta Leal[5],

> A história dos direitos humanos no Ocidente é a história da própria condição humana e de seu desenvolvimento nos diversos modelos e ciclos econômicos, políticos e culturais pelos quais passamos; é a forma com que as relações humanas têm sido travadas e que mecanismos e instrumentos institucionais as têm mediado. Em cada umas dessas etapas, os Direitos Humanos foram se incorporando, sendo primeiro nas ideias políticas, e em seguida no plano jurídico (portanto no sistema normativo do direito positivo internacional e interno).

Analisando essa origem dos direitos humanos, pode-se afirmar que estes, também, foram uma espécie de arma de resistência à onipotência do Estado e ao positivismo jurídico, além de um importante antídoto contra a capacidade inerente do poder soberano de negar a autonomia dos indivíduos em cujo nome ele passou a existir.

Em concomitância à elaboração dos Códigos dos grandes Estados modernos, depois à multiplicação de textos mais técnicos, surge outra espécie de literatura jurídica que são as Declarações dos Direitos Humanos. Seja no marco inicial nos Estados Unidos da América, no século XVIII, em torno de 1776, ou em outras futuras versões enriquecidas por ocasião das mais diversas revoluções do século XIX. Outro texto de enorme relevância a Declaração Universal dos Direitos do Homem, texto fundamental criado após a última grande guerra mundial.

Segundo Michel Villey[6],

---

[5] LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentos no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 33.

[6] VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 3-4

> As Declarações foram uma arma defensiva; em 1789, contra o pretenso absolutismo da monarquia capetiana; ou, em 1948, contra o fantasma de Hitler: contra ditadura de todos os tipos. Geralmente, um remédio para a desumanidade de um direito que rompeu suas amarras com a justiça. Os direitos humanos seriam o recurso. Essa ideia relativamente nova talvez seja a nossa única esperança de arrancar o direito de toda essa celeuma, e o único instrumento de seu progresso.

Os direitos humanos estão internamente fissurados: são usados como defesa do indivíduo contra um poder estatal construído à imagem de um indivíduo com direitos absolutos. É este paradoxo no coração dos direitos humanos que tanto move sua história quanto torna sua realização impossível. Os direitos humanos só têm paradoxos a oferecer; a energia deles deriva de sua natureza aporética[7].

2.1 UM SURGIMENTO IRRESISTÍVEL E UMA FRAGILIDADE RESISTÍVEL DOS DIREITOS HUMANOS.

Um retrospecto sobre o desenvolvimento dos últimos trezentos anos demonstra que os direitos humanos são históricos, no entanto, isso possui um duplo sentido. Por um não se pode acabar a contingência da história humana, mesmo quando somos remetidos ao incondicional, ou seja, aquilo que é intocável e irrenunciável, como é o caso da dignidade humana.

E por serem considerados direitos históricos, os direitos humanos estão condicionados e, por conseguinte, expostos a uma série de críticas. Por outro lado, a essência e o conteúdo dos direitos humanos alteram-se através dessas críticas, assim

---

[7] DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Col. Díke. São Leopoldo: Unisinos. 2007. p.37-38.

como outros mais diversos fatores como a globalização, a soberania dos estados e as alterações sociais, econômicas e políticas.

A questão das novas e diferentes formas de repressão e discriminação tornam necessária a diferenciação da proteção aos direitos humanos. A exemplo dos direitos culturais de minorias. São esses direitos, segundo, Jorge Reis Novais[8]

> São precisamente as posições minoritárias, as posições de um indivíduo isolado ou acompanho de outros que como ele se sentem discriminados, que estão sujeitos à pressão, muitas vezes avassaladora e tendencialmente abusiva, por parte da maioria que têm necessidade de se socorrer da proteção e das garantias do Estado de Direito. (...) Sem Estado de Direito, a minoria seria inevitavelmente discriminada e as concepções minoritárias suprimidas ou perseguidas, mas, no final, e como a História exuberantemente demonstra, isso ocorreria não apenas, e só seria decisivo, em violação ao princípio da dignidade da pessoas humana que funda as nossas comunidades políticas, mas também em prejuízo do progresso moral, científico, político ou artístico da sociedade no seu conjunto.

Essa questão é tradicionalmente um dos pontos mais importantes, uma vez que se presume que acompanhará a resposta à seguinte indagação: quem estaria intitulado a deter tais direitos enquanto membro de uma minoria. Dentro das organizações internacionais, essa definição de minoria tem um marco inicial, através da Corte Permanente de Justiça de que "minorias são um fato da vida" e não uma questão de direito. O artigo 27 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos[9] pretende alcançar um tipo de consenso internacional sobre a questão da proteção das minorias, cobrindo o problema da definição. As ambiguidades são mais expressivas quando se aplica uma interpretação histórica ou teleológica desse dispositivo citado.

---

[8] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos como Triunfos contra a Maioria. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLINARI, Alexandre Coutinho. (Coord.). **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense. 2007. p. 91.

[9] **ARTIGO 27.** No caso em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outras membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.

No contexto de Dimitri Dimoulis[10],

> (...) desde então, a persistência da ONU em definir minorias e iluminar o campo de aplicação do artigo 27 nunca produziu um resultado positivo. A experiência demonstra que os Estados nunca conseguiram concordar em dar uma exata definição dos titulares dos direitos das minorias. Particularmente nos nossos dias, na medida em que a questão da migração no mundo ocidental tende a ultrapassar ou já ultrapassou a relevância política das questões históricas e tradicionais das minorias, o problema da definição se torna mais intenso.

Outra nova reivindicação no campo dos direitos humanos é fruto das mais aprofundadas alterações socioeconômicas das condições de vida que podem trazer novas formas de ameaça à vida condigna que devem ser prostradas através de mecanismos jurídicos e políticos que podem ter, como consequência, a retirada do foco em assuntos vinculados aos direitos humanos.

Um exemplo disso são os direitos sociais e econômicos que surgiram em decorrência da revolução industrial, principalmente em meados do século XIX. Nessa época, definiu-se e delimitou-se a validade do direito à propriedade, que hoje ninguém definiria melhor que o art.17 da declaração de direitos humanos da Revolução Francesa de 1789, ou seja, direito sagrado e inviolável[11].

Mais outra reivindicação é analisada sob o prisma da crítica universalista aos direitos humanos por apresentar consequências na estrutura desses direitos como é o caso previsto no protesto contra a unilateralidade das listas de direitos apresentados por socialistas, feministas e outros movimentos emancipacionistas.

---

[10] DIMOULIS, Dimitri. **Discurso institucional sobre os direitos das minorias pelas organizações européias no limiar do século 21**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC. Belo Horizonte: Fórum. ano 1, n.1, jan.2007.

[11] BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos Direitos Humanos**. Coleção Focus, vol.4. São Leopoldo: Unisinos, 2005. p.108.

O processo de globalização, também, nos encaminha a modificações no debate referente aos direitos humanos. Desde décadas passadas, debates desencadeiam a reivindicação pelo direito ao desenvolvimento que, após anos de disputa, foi incluído em uma declaração da Assembleia Geral das Nações Unidas, em dezembro de 1986. Paralelamente, os movimentos internacionais de proteção a refugiados exigem revisão do direito a asilo que, na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, somente é mencionada de forma pouco clara e esclarecida, como direito emergencial para proteção ao direito essencial de ter direitos, mas que nas atuais exigências da globalização precisa de uma nova adequação e interpretação.

Analisando as mais diversas modificações a que os direitos humanos estão expostos desde as declarações iniciais do final do século XVIII, acreditamos que nunca haverá um rol fechado e imutável de direitos. Essa luta pelos direitos não é apenas uma luta pela afirmação de postulados que se fixem para sempre, mas também um debate sobre a matéria e alvo de reivindicações jurídicas concretas, que, de forma substancial, se modificaram no decorrer dos trezentos últimos anos e que, claramente, se modificarão no futuro.

A celeuma, talvez, reside na questão de que muitas percepções e conquistas possam vir a ser perdidas. Mas esse risco não pode ser compelido pela dogmatização de certos documentos históricos, pois os direitos humanos somente evoluem e adquirem legitimidade através do debate público e das opiniões divergentes, não havendo forma de suprimir esse risco.

Os direitos humanos diversificaram-se entre gerações ou dimensões. A primeira geração é simbolizada pela liberdade individual; a segunda, por reivindicações de igualdade e garantias de um padrão de vida adequado, ao passo que a terceira enfatizou

os direitos pelo direito autodeterminação e, tardiamente, pela proteção ao meio ambiente.

Os chamados direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão são observados no constitucionalismo liberal do século XVII, o primeiro movimento constitucionalista e o Estado Liberal, primeira forma de Estado de Direito do Ocidente. Suas principais características são o individualismo, a legalidade dos dogmas iluministas e a separação dos poderes.

Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado[12].

Os direitos de segunda geração nascem em decorrência da deplorável situação da população pobre das cidades industrializadas da Europa Ocidental, constituída sobretudo por trabalhadores expulsos do campo e atraídos por ofertas de trabalho nos grandes centros. Como resposta ao tratamento oferecido pelo capitalismo industrial, e diante da inércia própria do Estado Liberal, a partir de meados do século XIX surgiram doutrinas de cunho social, defendendo a intervenção estatal como forma de reparar a imobilidade vigente[13].

Ao passo que a exploração e a pobreza são ignoradas pela esfera individualista, surge a necessidade de uma maior intervenção do Estado para garantir a sobrevivência dos mais debilitados. Surge, então, o discurso do Estado social que tem a função de

---

[12] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.563-564.

[13] WEIS, Carlos. **Direitos Humanos Contemporâneos**. 2ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 49.

proteger os direitos fundamentais sociais de segunda geração. As constituições passam a ser mais extensas, detalhando em seus dispositivos uma série de direitos, tais como a Mexicana de 1917, Alemã de 1919 e, como decorrência da Revolução Soviética, a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 1918. A primeira grande guerra mundial e os males trazidos por ela também colaboraram para diminuir os ânimos do individualismo capitalista[14].

Os direitos da segunda geração merecem um exame mais amplo. Dominam o século XX do mesmo modo como os direitos da primeira geração dominaram o século passado. São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula[15].

A terceira geração é a dos direitos chamados difusos. Estes não são mais apenas direitos de indivíduos ou de grupos, como nas dimensões anteriores, mas pertencem a toda comunidade, são coletivos, meta ou transindividuais, pretendendo validade inclusive transnacional, pois seriam oponíveis entre os Estados. O direito à integridade do meio ambiente é um exemplo característico. A propriedade particular, por seu turno, subordina-se ao todo; não só o direito deixa de ser absoluto, mas vai além do seu

---

[14] ADEODATO, João Maurício. **A retórica Constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 126.

[15] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 564.

conceito de sua função social: precisa levar em conta o meio-ambiente e sua inter-relação com as demais propriedades privadas[16].

Um novo ideal jurídico de liberdade do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de grande teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a firmar-se no fim do século XX enquanto direito que se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já os enumeram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na espera da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade[17].

Os direitos de quarta dimensão incluem o direito à própria democracia, direito de informação e de participação política; mas envolvem também os biodireitos, questões atuais levantadas a partir de novas técnicas científicas, tais como clonagem, transgênicos e eutanásia.[18].

---

[16] ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 126

[17] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.569.

[18] AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 39.

Segundo Paulo Bonavides[19],

> Globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. Só assim aufere humanização e legitimidade um conceito que, doutro modo, qual vem acontecendo de último, poderá aparelhar unicamente a servidão do porvir. A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos da quarta geração, que, aliás correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social.

Tem-se como direito de quinta geração a concepção da paz no âmbito da normatividade jurídica configurando um dos mais notáveis progressos já alcançados pela teoria dos direitos fundamentais. A concretização e a observância desses direitos humanizam a comunhão social, reformulam e amenizam as relações de poder; e fazem o peso da autoridade pesar menos sobre os foros da cidadania. A dignidade jurídica da paz deriva do reconhecimento universal que se lhe deve enquanto pressuposto qualificativo da convivência humana, elemento de conservação da espécie, reino de segurança dos direitos[20].

A paz é elevada à categoria de direito positivo. Ontem, um conceito filosófico; hoje; um conceito jurídico, sendo tanto mais jurídico quanto maior a força principiológica de sua acolhida nas Constituições. Fazer da paz valor da democracia, designadamente a democracia participativa, com seus instrumentos, com sua teoria, com seus valores de igualdade e justiça social, já inscrito por direitos positivos pelos legisladores constituintes que promulgam no Brasil ,em 1988, a Carta da República em vigor.

---

[19] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.571.

[20] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010 p.584.

Fundamentando, enfim, a nova figura introduzida no rol dos direitos humanos, inspirada de dois filósofos da liberdade, dantes referidos, pode-se observar que a guerra é um crime e a paz é um direito. Sem a memória e a percepção dessa verdade gravadas na consciência dos povos e a razão dos governantes nunca se concretiza a mais solene, a mais importante, a mais inderrogável clausula do contrario social: o direito à paz como supremo direito da Humanidade[21].

Pode-se observar algumas argumentações acerca da estreita ligação entre o tema da paz e o tema da proteção aos direitos do homem. Uma delas é que se refere ao direito à vida. O direito à vida é um dos denominados direitos primários: assim está no art. 3º da citada Declaração Universal, segundo a qual todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade, e à segurança da própria pessoa. Durante a guerra e a persecução de toda sorte de hostilidade, o direito à vida não apenas não é garantido, mas todo Estado beligerante exige de seus próprios cidadãos o sacrifício da vida, sob ameaça de graves penas[22].

O estado de guerra não desconsidera apenas o direito à vida, mas suspende a proteção de outros direitos fundamentais do homem, tais como os direitos de liberdade. Dessa forma, o estado de guerra pode ser uma justificativa válida para induzir um governo, mesmo que não autocrático, a comportar-se de modo autocrático. Pode-se observar que guerra é guerra, ou seja, não há o respeito à vida. Mesmo um país democrático em seu interior, não hesita em impor tais regimes despóticos de modo a infringir toda e qualquer garantia dos direitos do homem ao aliado mais fraco, se este ameaça sair de seu âmbito de influência. O direito à sobrevivência do grande Estado

---

[21] Idem, ibidem. p. 593.

[22] BOBBIO. Norberto. **O terceiro ausente**. Trad. Daniela Versiani. São Paulo: Manole, 2009. P.113.

deve prevalecer sobre o direito à liberdade do pequeno Estado, cuja sobrevivência depende da existência do grande[23].

Nas divergências políticas atuais, o problema é que o discurso dos direitos humanos globalizados, ao mesmo tempo que exige a proibição de armas nucleares, da tortura ou do genocídio, pode também ser usada em benefício dos estados mais bem-sucedidos economicamente ou revelar um euro-centrismo ou norte-americanismo ético arrogante, quando não mero oportunismo e estratégias de dominação.[24]

Uma análise mais aprofundada dos direitos do homem é observada como o fruto da sua universalização jurídica. A legislação é direcionada a todos os Estados e a todas as pessoas humanas e afirmadas suas prerrogativas de fazerem parte do acervo da humanidade que substituiu a natureza humana como a base nos discursos sobre esses direitos. Assim, os Estados e, consequentemente, todos os seus poderes ficam sob a proteção da lei internacional dos direitos humanos.

Os Tratados e códigos de direitos humanos são considerados um novo tipo de lei positiva. Algo semelhante se passou com a expressão pós-guerra do Direito Internacional para a área dos direitos humanos. Soberania nacional e não-intervenção em questões internas do Estado foram os princípios-chave sobre os quais a legislação foi estabelecida desde a Carta da ONU a todos os importantes tratados. Embora as principais potências discutissem acerca das definições e prioridades dos direitos humanos, elas unanimemente concordaram que esses direitos não poderiam ser usados para romper o estudo da soberania nacional.

---

[23] Idem, ibidem, p.114-115.

[24] ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 124

Os direitos humanos foram um instrumento fundamental para legitimar, nacional e internacionalmente, a ordem do pós-guerra, num momento em que todos os princípios do estado e da organização internacional haviam emergido da guerra seriamente enfraquecidos. O debate sobre direitos humanos e a manutenção da dignidade humana foi, na realidade, um processo de relegitimação dos princípios de soberania e de não-intervenção em questões internas dos Estados soberanos.

A produção dos textos referentes a direitos humanos passou pelo crivo e concordância de representantes de vários governos, diplomatas, conselheiros políticos e especialistas em direitos humanos. Contudo, trata-se de um grupo com pouca legitimidade. Ações governamentais no cenário internacional são afirmadas por interesse nacional e considerações políticas, e os preceitos morais entram em ação de forma tardia, quando o princípio invocado acaba por condenar as ações de um adversário ou ente político. Quando há uma coincidência ou choque entre direitos humanos e o interesse nacional, os governos se tornam seus defensores.

2.2 O PROGRESSIVO RECONHECIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS A PARTIR DAS REVOLUÇÕES E A PRETENSÃO DE UNIVERSALIZAÇÃO FACE À DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS HUMANOS DE 1948.

A inauguração simbólica e o marco inicial da modernidade podem ser situados no tempo na aprovação dos notórios documentos revolucionários do século XVII: os norte-americanos *Declaration of Independence* (1776), *Virginia Bill of Rights* (1791), e o francês *Déclaration des Droits de l'Homme et Du Citoyen* (1789).

Os princípios dessas declarações foram tão revolucionários na história das ideias quanto o foram as revoluções na história da política. Pode-se acompanhar os temas, as preocupações e os temores da modernidade na trajetória dos direitos do homem. Se a modernidade é a época do sujeito, os direitos humanos pintaram o mundo a imagem e semelhança do indivíduo[25].

A independência das antigas trezes colônias britânicas da América do Norte, em 1776, reunidas primeiro sob a forma de uma confederação e constituídas em seguida em Estado federal, em 1787, representou o ato inaugural da democracia moderna, combinando, sob o regime constitucional, a representação popular com a limitação de poderes governamentais e, principalmente, o respeito aos direitos humanos.

Analisando a independência americana, segundo Fábio Konder Comparato[26],

> (...) observaremos três grandes características socioculturais que atuaram como fatores predisponentes para criação de um novo Estado. Uma delas foi a não-reprodução em território americano, da sociedade estamental europeia, constituída por grupos sociais bem delimitados, que cultivavam valores próprios e regiam-se por um direito próprio. Desde o início do século XVII, o núcleo colonial que acabou moldando a futura nação norte-americana constituiu-se como uma sociedade tipicamente burguesa, isto é, como um grupo de como um grupo organizado de cidadãos livres, iguais perante a lei, e cuja diferenciação interna só poderia existir em função da riqueza material.

Para essa formação de uma sociedade igualitária, muito contribuíram os *quacres*, que imigraram da Inglaterra no século XVII. Eles eram resolutamente antimonarquistas, reivindicavam a posse em comum das terras de lavoura e recusavam-se a tirar o chapéu diante das autoridades. A América do Norte foi, desde sempre, uma sociedade de

---

25 DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Col.Díke. São Leopoldo: Unisinos, 2007. p.99.

26 COMPARATO. Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. VI ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p.100-101.

proprietários, em que a igualdade perante a lei exercia a função de garantia fundamental da livre concorrência; ou seja, uma democracia burguesa[27].

Outras duas grandes características culturais da sociedade norte-americana decorrem espontaneamente de uma cidadania igualitária: a defesa das liberdades individuais e a submissão dos poderes governamentais ao consentimento popular. Na contextualização histórica de Fábio Konder Comparato[28]:

> (...) Compreende-se, pois que, já no ano seguinte à declaração de independência, Thomas Jefferson, tenha apresentado à Câmara de Delegados das ex-colônias uma lei sobre a liberdade de religião, e que o primeiro artigo da chamada "Declaração de Direitos" norte-americana, constituída pelas dez primeiras emendas à Constituição Federal, votadas pelo Congresso em 25 de setembro de 1789, diga respeito à liberdade de religião, de palavra e de imprensa. (...) Quanto ao princípio do poder político consentido, os colonos de Plymouth já o praticavam desde 1620, elegendo o governador da província e os delegados à assembleia provincial. Sem dúvida, tratava-se à época de um sistema oligárquico, mas a ideia de *government by consent* acabaria sendo o molde indispensável ao funcionamento futuro da democracia americana, uma vez admitido o sufrágio universal.

A característica mais marcante da Declaração de independência dos Estados Unidos está no fato de ser ela o primeiro documento a afirmar os princípios democráticos na história política moderna. Foi o primeiro documento político que reconhece, a par da legitimidade da soberania popular, a existência dos direitos inerentes a todo ser humano, independentemente das diferenças de sexo, raça, religião, cultura ou posição social.

---

[27] COMPARATO. Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. VI ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p.100-101.

[28] COMPARATO. Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. VI ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p.102-103.

A Confederação dos Estados Unidos da América do Norte nasce sob a invocação da liberdade, sobretudo da liberdade de opinião e religião, e da igualdade de todos perante a lei. Contudo, no que tange ao terceiro elemento da tríade democrática da Revolução Francesa – a fraternidade ou solidariedade – os norte-americanos não chegaram a admiti-lo nem mesmo através do discurso. Isso se opôs, desde as origens, o profundo individualismo, vigorante em todas as camadas sociais; mas um individualismo que não constituiu obstáculo ao desenvolvimento da prática associativa na vida privada, mas que sempre se mostrou incompatível com a adoção de políticas corretivas das grandes desigualdades socioeconômicas.

Aliás, essa característica, entre outras, é sempre mencionada nos Estados Unidos. Os norte-americanos veneram a sua Constituição. Os quatro pontos mais importantes do seu sistema constitucional – freios e contrapesos, federalismo, direitos individuais e controle de constitucionalidade – são admirados e copiados em todo o mundo. Em períodos de crise, o sistema constitucional ajudou os Estados Unidos a evitar a tirania, o caos e a opressão. Em tempos de paz, o documento operou com dificuldades menos catastróficas, mas igualmente sérias.[29]

O poder contra o qual se pretendia proteger os direitos do homem tinha sua fonte nos pactos firmados pelo povo norte-americano, aos quais era devotada plena confiança. Para os norte-americanos, a constituição da liberdade implicava fundar um corpo político suficientemente estável para assegurá-la.

Percebe-se a decisiva contribuição da teoria da separação dos poderes de Montesquieu, segundo a qual o sistema de freios e contrapesos, ao limitar os poderes do

---

[29] SUNSTEIN. Cass R. **A Constituição parcial**. Trad. Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p.1

Estado, constituía-se na melhor forma de controlar o poder. Isso decorre, para os norte-americanos, da íntima ligação entre soberania popular e reconhecimento desses direitos inalienáveis.

Os *Bill of rights* norte-americano são, principalmente, declarações de direitos individuais. O pensamento político-jurídico norte-americano permaneceu, aliás, até hoje, vinculado a essa fase histórica, sem aceitar a evolução posterior, no sentido de uma afirmação dos direitos sociais e da humanidade.

Os norte-americanos, contudo, não se limitaram a receber de forma passiva o principal precedente que era o *Bill of Rights* inglês de 1689. Eles foram mais além, e transformaram os antigos direitos naturais em direitos positivos, reconhecendo-os como de nível superior a todos os demais. Seguindo o modelo do *Bill of Rigths* britânico, os Estados Unidos deram aos direitos humanos a qualidade de direitos fundamentais, isto é, direitos reconhecidos expressamente pelo Estado, elevando-os ao nível constitucional, acima, portanto, da legislação ordinária.

Percebe-se que a Declaração Francesa e a Declaração de Direitos norte-americana possuem muitas semelhanças, que podem ser atribuídas, inclusive, as influências filosóficas comuns nos dois lados do Atlântico. Os dois documentos proclamam seus direitos como sendo universais e inalienáveis. Ambos afirmam que limitações e restrições ao exercício dos direitos devem ser introduzidas por meio de leis elaboradas por entidades democraticamente eleitas[30].

Além disso, ambas protegem direitos similares: a liberdade religiosa e a liberdade de expressão, a segurança da pessoa, o devido processo legal e o pressuposto

---

[30] DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Col.Díke. São Leopoldo: Unisinos, 2007. p.100.

da inocência em processos criminais. Essas revoluções estavam unidas em seu compromisso discursivo a um sistema político que garante liberdade e igualdade. Porém, as duas revoluções e seus documentos apresentavam também inúmeras diferenças e contradições. Tanto as semelhanças quanto as diferenças influenciaram o futuro curso dos direitos humanos[31].

A finalidade dos documentos norte-americanos era legitimar a independência política da Grã-Bretanha, ao passo que o do francês era depor a ordem social do *ancien regime*. Os norte-americanos usaram argumentos não apenas históricos, mas também filosóficos, para dar sustentação a seus direitos recentemente estabelecidos. Eles sustentavam, em primeiro lugar, que os direitos naturais das declarações eram expressões da vontade divina e uma reafirmação apenas das liberdades tradicionais do inglês nascido livre[32].

A Revolução não tinha como foco representativo um ato supremo de vontade e sua finalidade não era construir teoricamente e legislar novos direitos. Ela apenas limpou o campo para a inserção e implementação integral das leis existentes. Estas, reais e sólidas, poderiam conduzir o bem-estar individual e social, se as influências que as desvirtuavam fossem retiradas. Com isso, embora a declaração de direitos modificasse a base de legitimidade de poder do Estado, sua essência continuava amplamente inalterada.

A essência pública e política da Revolução é evidente em todas as etapas. Os direitos pertencem ao “homem” e ao “cidadão”, ressaltando uma absoluta e íntima

---

[31] DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Col.Díke. São Leopoldo: Unisinos, 2007. p.101.

[32] Idem, ibidem. p.101

relação entre humanidade e política. Os direitos proclamados não eram um fim em si mesmo, mas os meios usados pela Assembleia para reconstruir o Estado.

Apesar de tudo, as duas revoluções e seus documentos também foram testemunhas de duas situações diferenciadas para a obtenção de seus fins. A Revolução Francesa tinha um cunho predominantemente moral e voluntarista. Os direitos humanos são uma forma de política que tem o comprometimento com um senso moral de história e uma crença enraizada de que a ação coletiva pode vencer a dominação, a opressão e o sofrimento. Nós fazemos nossa história e podemos, portanto, julgá-la quando nos depararmos com instâncias flagrantes de imoralidade histórica persistente[33].

Já o plano norte-americano foi, a princípio, mais passivo e otimista. Certos pontos sociais e leis permitiram a ação livre e, com algum incentivo, vão levando ao estabelecimento e a distribuição, expansão dos direitos humanos e ao quase ajuste natural entre as demandas morais e as realidades empíricas. O livre mercado, os procedimentos legais e o controle da legislação internacional ou nacional podem retificar abusos dos direitos humanos com sua operação normal e impor os princípios de dignidade e igualdade aos regimes tirânicos tanto quanto aos democráticos. O enorme empreendimento de determinação de padrões das Nações Unidas e em outras instituições internacionais e regionais, assim como os vários tribunais, comissões e procedimentos de direitos humanos para supervisionar seu cumprimento e implementação pertencem a um segundo plano[34].

Percebe-se que essas declarações afirmam que os direitos humanos pertencem ao homem. Contudo, há certo subjetivismo. Os direitos humanos são prospectivos e

---

[33] Idem, ibidem. p.104.

[34] Idem, ibidem. p.105.

indeterminados; eles se tornam concretos quando o ato de afirmação permeia seus efeitos em vários campos, os quais, legitimados pela declaração, põem em prática suas especificidades. Como uma declaração de prerrogativas, uma Declaração de Direitos cria um texto prospectivo de ação e suas aplicações geralmente diferem do sentido sempre contestado de suas sentenças.

O artigo inaugural da Declaração Francesa, reproduzido quase que na sua totalidade na Declaração Universal dos Direitos Humanos, reza que todos os "homens nascem iguais em direitos e em dignidade". Segundo a linha de pensamento de Costa Douzinas[35]:

> A natureza humana abstrata e universal, a essência da espécie humana, é distribuída a todos no nascimento em partes iguais. Esta é, evidentemente, uma grande falácia. As pessoas não nascem iguais, mas totalmente desiguais. Na verdade, a primeira infância e a infância são os melhores exemplos da desigualdade humana e da dependência de outros, de pais, membros da família e redes comunitárias, dentro das quais a vida humana começa, desenvolve-se e chega ao fim. Teóricos dos direitos argumentam que tais declarações são normativas ou aspiracionais e não declarações de fato. Elas deveriam ser lidas como "todos os homens deveriam ser iguais em direitos e dignidade. Porém, essa defesa é apenas parcialmente bem-sucedida.

Entende-se que os direitos são demonstrados como especulativos, ou como declarações de fato, a fim de estabelecer sua ideia de obviedade e legitimar seus legisladores. A declaração pode até ser falsa, mas a distância entre sua realidade inexistente e sua futura aplicação é o espaço onde os direitos humanos se desenvolvem. Assim, os direitos humanos podem ser uma afirmação do presente que pode ser parcialmente verificada no futuro.

---

[35] DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Col. Díke. São Leopoldo: Unisinos. 2007. p.37-38.

Há, portanto, uma contradição. Os direitos humanos foram proclamados inalienáveis porque eram independentes dos governos, de fatores temporais e locais e expressavam de forma legal os direitos eternos do homem. Se todos os homens compartilham uma natureza humana comum, não há nenhuma necessidade de invocar poder algum para sua proclamação e nenhuma legislação especial era necessária, visto que todo poder de elaboração das leis agora emanava do povo soberano.

Às declarações de direitos oriundas das revoluções Americana e Francesa seguiu-se uma progressiva afirmação de direitos no campo estatal e, também, no campo mundial. Contudo, o surgimento de novas necessidades sociais engessou o necessário alargamento do conteúdo de direitos a serem declarados, protegidos e reconhecidos ao ser humano[36].

A partir do momento em que as instituições passaram a ser independentes umas das outras, as definições de cidadania, que até então esses direitos eram fundidos em um só, logo passaram a se constituir em elementos totalmente estranhos entre si, de modo que é possível verificar uma clara divisão histórica de formação – os direitos civis no século XVIII, os direitos políticos no século XIX e os direitos sociais no século XX.

No século XVIII, os direitos políticos eram precários no conteúdo e na forma de distribuição, tanto que o direito de voto era monopólio de grupos estritamente identificados com o poder econômico. Somente com o rompimento dessa prática, no século seguinte, é que o direito ao voto passou a ser amplamente reconhecido. Ainda

---

[36] CULLETON, Alfredo; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FARJADO, Sinara Porto. **Curso de Direitos Humanos**. São Leopoldo: UNISINOS, 2009. p.35

assim, no século XIX, esses direitos políticos eram decorrentes da titularidade de direitos civis, privilégios de uma determinada classe econômica[37].

Ao final do século XIX, ficou visível um crescente interesse pela igualdade e uma consciência de que o simples reconhecimento formal de uma capacidade igual de direitos não era suficiente e necessário. E é justamente nesse ponto que os direitos sociais passariam a assumir um aspecto de direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade e encontram no Estado o sujeito devedor. O nascedouro desses direitos é oriundo de reivindicações de todos ao amplo acesso e aos meios de vida e de trabalho[38].

Ao membro do Estado é concedido um *status* no âmbito do qual ele é o senhor, uma esfera livre do Estado, que nega o seu poder de império. Essa é a esfera individual de liberdade, positiva, na qual os fins estritamente individuais encontram a sua satisfação por meio da livre ação do indivíduo. Nesse sentido, um *status* negativo é formado por uma esfera individual de liberdade, que é a classe das ações dos indivíduos que são juridicamente irrelevantes para o Estado. Irrelevante para o Estado seria uma ação que, ao menos no que diz respeito à relação Estado/cidadão, não tenha condições de produzir um efeito juridicamente relevante[39].

Quanto ao *status positivus*, fica mais claro quando Jellinek[40] afirma que o Estado confere ao indivíduo o status cívico quando lhe garante pretensões à sua atividade e cria

---

37 Idem, ibidem. p.36.

38 Idem, ibidem. p.37.

39 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 258.

40 JELLINEK, Georg. **System der subjektiven Öffenlichem Rechte**. p. 114. *Apud* ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 264.

meios jurídicos para a realização desse fim. Considera como pretensões jurídicas positivas formais[41] os direitos que o indivíduo pode fazer valer em um procedimento legal. O fato de o indivíduo ter esse tipo de pretensão em face do Estado, significa, em primeiro lugar, que ele tem direitos a algo em face do Estado e, em segundo lugar, que tem uma competência em relação ao seu cumprimento. A existência de uma tal competência é uma condição necessária para que o indivíduo se encontre no status positivo.

Através de reivindicações socioeconômicas ocorridas durante o século XX foi que se ampliou a esfera dos direitos humanos. A obtenção desses direitos, por seu turno, inverteu a posição dos indivíduos em face ao Estado, na medida que esse passou a assumir o papel de instância afirmativa e agente promotor desses direitos. Nesse contexto, é marcante a influência tanto dos partidos políticos como dos sindicatos de trabalhadores no processo de afirmação dos direitos sociais. Esses direitos visam assegurar o homem moderno dos riscos da economia aos quais resta exposto na sociedade industrial e eles dependem basicamente do concurso de três fatores: potencial econômico, vontade política e capacidade administrativa[42].

Dentro desse contexto de reação à redução social, assistiu-se à adesão desses direitos nas legislações dos Estados, alimentando a urgência do Estado de bem-estar social. A plena e total afirmação desses novos direitos humanos somente apareceu no século XX, mais precisamente com a Constituição do México de 1917 e a Constituição da Alemanha de 1919.

---

[41] JELLINEK, Georg. **System der subjektiven Öffenlichem Rechte**. p. 70. *Apud* ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 264.

[42] CULLETON, Alfredo; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FARJADO, Sinara Porto. **Curso de Direitos Humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p.17.

A doutrina anarcossindicalista, permeada no final do século XIX em toda Europa, mais principalmente na Rússia e Itália, foi a grande fonte de ideologia da Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos, promulgada em 05 de fevereiro de 1917. O pensamento de Mikhail Bakunin influenciou Ricardo Flores Magón, líder do grupo *Regeneración*, que reunia jovens intelectuais contrários à ditadura de Porfirio Diaz. Esse grupo lançou de forma clandestina, em 1906, um manifesto de repercussão geral, no qual se apresentaram propostas que viriam a ser linhas-mestras do texto constitucional de 1917. Eram elas: a proibição da reeleição do Presidente da República, as garantias para liberdades individuais e políticas, a quebra do poderio da igreja católica, a expansão do sistema de educação pública e a proteção do trabalho assalariado[43].

A Constituição mexicana de 1917 foi, de fato, a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos. A relevância desse argumento deve ser salientada, uma vez que na Europa a consciência de que os direitos humanos têm também uma dimensão social só veio a se afirmar após a grande guerra de 1914-1918, que encerrou de fato o longo século XIX.

A Constituição Weimar, em 1919, trilhou o mesmo caminho da Carta mexicana, e todas as convenções aprovadas pela então recém-criada Organização Internacional do Trabalho (OIT) na Conferência de Washington do mesmo ano de 1919, regularam matérias que já constatavam na Constituição mexicana: a limitação da jornada de

---

[43] COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. VI Ed. São Paulo: Saraiva, p. 177

trabalho, o desemprego, a proteção da maternidade, a idade mínima de admissão de empregados nas fábricas e o trabalho noturno dos menores na indústria[44].

A Constituição alemã surgiu como fruto da Primeira Guerra Mundial (1914 – 1918). Ao sair de uma guerra perdida que lhe custara, durante o período de quatro anos, o colapso de uma civilização, foi promulgada a Constituição, em 1919.

Mesmo com suas fraquezas e debilidades, e malgrado sua vigência, a Constituição Alemã exerceu uma importante influência sobre a evolução das instituições políticas de todo o Ocidente. De uma democracia social, cujas linhas fundamentais já haviam sido tratadas pela Constituição mexicana de 1917, ela adquiriu na Alemanha em 1919 uma estrutura mais elaborada, que veio a ser retomada em vários países após o trágico lapso temporal do nazi-fascismo e da Segunda Guerra Mundial.

Com isso, os direitos humanos entraram, com maior amplitude, no cenário mundial após a Segunda Guerra Mundial. A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi o documento redigido sob o impacto das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial e cuja revelação só começou a ser feita, parcialmente, com omissão de tudo que se referia à União Soviética e de vários outros abusos cometidos pelas potências ocidentais, após o encerramento das hostilidades. Adotada em 10 de dezembro de 1948, pela aprovação unânime de quarenta e oito (48) Estados, com oito (08) abstenções (União Soviética, Ucrânia, Rússia Branca, Tchecoslováquia, Polônia e Iugoslávia, Arábia Saudita e a África do Sul). A Declaração consolida a afirmação de

---

[44] Idem, ibidem p. 178

uma ética universal ao consagrar um consenso sobre valores de cunho universal a serem seguidos pelos Estados[45].

Retomando os ideais da Revolução Francesa, a Declaração representou a manifestação histórica de que se formara, em fim, em âmbito universal, o reconhecimento dos valores supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade entre os homens, como ficou consignado em seu primeiro artigo. A realização desses ideais em direitos efetivos far-se-á progressivamente, no plano nacional e internacional, como fruto de um esforço sistemático de educação em direitos humanos.

Segundo Flávia Piovesan[46],

> A Declaração de 1948 introduz a concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos. Universalidade porque a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos, sendo a dignidade humana o fundamento dos direitos humanos. Indivisibilidade porque, ineditamente, o catálogo dos direitos civis e políticos é conjugado ao catálogo dos direitos econômicos sociais e culturais. Ao consagrar direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais, a Declaração ineditamente combinada o discurso liberal e o discurso social da cidadania, conjugando o valor da liberdade ao valor da igualdade

A Declaração Universal de Direitos Humanos acabava se distinguindo das tradicionais Cartas de direitos humanos que constam de diversas normas fundamentais e constitucionais de séculos XVIII e XIX e começo do século XX, na medida em que ela consagra não apenas direitos civis e políticos, mas também direitos econômicos, sociais e culturais, como o direito ao trabalho e à educação, entre outros.

---

45 Idem, ibidem. p. 225-226.

46 PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 6.

Acompanhando esses acontecimentos, observamos o lançamento de uma grande campanha de estabelecimento de padrões, por parte da comunidade internacional, através de várias convenções, tratados, declarações e acordos de direitos humanos que foram negociados e adotados pelas Nações Unidas, por organismos regionais, tais como Conselho da Europa e por Estados.

Afirma Artur Cortez Bonifácio[47],

> Que firme nos seus objetivos, a Carta destinou à Assembleia Geral a realização de estudos e a incumbência de recomendar aos Estados o cumprimento de seu ideário, não se descuidando quanto ao estabelecimento dos limites da cooperação, visando a um natural equilíbrio e a um sistema de compensações a justificar a participação de um Estado nas Nações Unidas.

Cria-se um sistema normativo global de proteção dos direitos humanos, no âmbito das Nações Unidas. Esse sistema normativo é constituído por instrumentos de alcance geral - como os Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 - e por instrumentos de alcance específico, como as Convenções internacionais que buscam responder a determinadas violações de direitos humanos, como a tortura, a discriminação racial, a discriminação contra as mulheres, a violação dos direitos das crianças, dentre outras formas de violação.

Outro traço importante da Declaração Universal de 1948 é a afirmação da democracia como único regime político compatível com o pleno respeito dos direitos humanos. O regime democrático já não é, pois, uma opção política entre muitas outras previstas, mas a única solução legítima para a organização do Estado.

Complementa Artur Cortez Bonifácio[48],

---

[47] BONIFÁCIO, Artur Cortez. **Direito Constitucional Internacional.** São Paulo: Método, 2008. p.266.

> A sua logicidade aponta para uma crescente integração dos Estados na política protecionista, acompanhada do devido desenvolvimento jurídico dos sistemas internos, denotando-se considerável desvelo no ajuste das legislações internos, aos inúmeros instrumentos internacionais celebrados entre os Estados. Não despropositadamente, a enumeração dos direitos fundamentais das constituições vem sendo enriquecida a cada nova formulação dos direitos humanos, ultrapassando, já há algum tempo, a concepção liberal subjetivista para constitucionalizar direitos sociais e interesses públicos difusos ou coletivos, como a defesa do meio ambiente, das políticas internacionais em favor da saúde pública, a manutenção do equilíbrio do ecossistema, o desarmamento nuclear, propostas não beligerantes, o progresso cientifico e as comunicações, o desenvolvimento econômico e financeiro mundial, entre outras matérias que respeitam à comunidade internacional.

Por ser, praticamente, uma recomendação que a Assembleia Nacional das Nações Unidas faz aos seus membros, sustenta-se, ainda, que a Declaração Universal não tem força vinculante, pecando esse entendimento pelo formalismo excessivo, uma vez que reconhece-se, hoje, em toda a parte, que a vigência dos direitos humanos independe de sua declaração em constituições, leis e tratados internacionais, exatamente porque se está diante de exigências de respeito à dignidade humana, exercidas contra todos os poderes estabelecidos, oficiais ou não.

A doutrina jurídica atual distingue os direitos humanos dos direitos fundamentais, na medida em que estes últimos são justamente os direitos humanos consagrados pelos Estados mediante normas escritas, diferente dos direitos humanos, em si, que têm cunho internacional.

É de fundamental importância, sustentar a relevância da classificação da distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos, não obstante notório que tenha também ocorrido uma identificação dos dois termos, que têm sido utilizados

---

[48] Idem, ibidem. p. 268.

indistintamente, identificação esta que somente será aceitável em se considerando a correção das distinções referidas.

Nessa analise de distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, afirma Oscar Vilhena Vieira[49], que estes "designam o conjunto de direitos da pessoa humana expressa ou implicitamente reconhecidos por uma ordem constitucional".

Fábio Konder Comparato[50] ao tratar da diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais afirma que estes últimos são "os direitos humanos reconhecido como tal pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas Constituições , nas leis, nos tratados internacionais".

Afirma Carlos Santiago Nino[51], a expressão direitos humanos significa também que tais direitos "têm como beneficiários todos os seres humanos, e nada mais que eles, pois sua única condição de aplicação é a de o sujeito se constituir em um ser humano para gozar de tais direitos. De outro lado, em geral os demais direitos dependeriam do enquadramento do ser humano em uma dada categoria, a partir da qual seria detentor dos direitos correlatos".

Em termos históricos, os três principais instrumentos que dão sustentação à proteção dos Direitos Humanos são a Declaração Universal de 1948, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos

---

49 VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais: Uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006. p.36.

50 COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 46.

51 NINO, Carlos Santiago. **Ética y Derechos Humanos: um Ensayo de Fundamentación**, 2 ed. Buenos Aires: Astrea, 1989. p.41.

Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966. Esses documentos, complementando a Declaração de 1948, outorgam, na verdade a força de obrigação jurídica que os Estados-partes se comprometem quanto à proteção e efetivação desses direitos.

Observa René Cassin[52], ao tratar do alcance universal da Declaração dos Direitos Humanos de 1948:

> [...] Seja-me permitido, antes de concluir, resumir as características da Declaração, elaborada a partir de nossos debates no período de 1947 e 1948. Esta Declaração se caracteriza, primeiramente, por sua amplitude. Compreende um conjunto de direitos e faculdades sem as quais um ser humano não pode desenvolver sua capacidade física, moral e intelectual. Sua segunda característica é a universalidade: é aplicável a todas as pessoas de todos os países, raças, religiões e sexos, seja qual for o regime for o regime político do território nos quais incide [...] Ao fazê-lo, conscientemente, a comunidade internacional reconheceu que o indivíduo é membro direto da sociedade humana, na condição de sujeito direto do Direito das Gentes. Naturalmente, é cidadão de seu país, mas também é cidadão do mundo, pelo fato mesmo da proteção internacional que lhe é assegurada.

A despeito do surgimento dos grandes instrumentos internacionais à proteção dos Direitos Humanos, com o passar do tempo novas demandas surgiram em termos mais pontuais, levando as Nações Unidas a alocar esforços no sentido de buscar alguma regulação mais temática para problemas e violações desta ordem.

Na verdade, é, exatamente, a sensibilidade aguçada desenvolvida pela política internacional sobre os Direitos Humanos, que levou à identificação de violação dos Direitos Fundamentais de determinados grupos de indivíduos e à conclusão de sua necessária regulamentação protetiva.

---

[52] CASSIN, René. **El problema de la realización de los Derechos Humanos em la sociedad universal**. In: Veinte años de evolución de los derechos humanos. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974. *Apud* Piovesan, Flávia. Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

Tal especificação normativa, contudo, não implica a fragmentação do caráter de universalidade dos Direitos Humanos, mas tão-somente, uma adequação desta natureza às demandas sociais de cada época, o que leva os diversos sistemas de proteção a buscar novos mecanismos de ação para dar respostas a questões tão detalhadas.

Os tratados internacionais enquanto, enquanto acordos constitucionais juridicamente obrigatórios e vinculantes (*pacta sunt servanda*), constituem hoje fonte de obrigação do Direito Internacional. Foi com o crescente positivismo internacional que os tratados se tornaram a fonte maior de obrigação no plano internacional, papel até então reservado ao costume internacional.

Dentro desse contexto, um dos critérios apontados para uma possível distinção é de que o termo *direitos fundamentais* se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado. Ao passo que 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[53].

Outro critério que determina a diferenciação entre ambas categorias é o da concreção positiva, uma vez que o termo *direitos humanos* se revelou conceito de contornos mais amplos e imprecisos que a noção de *direito fundamentais*, de tal sorte que estes possuem sentido mais preciso e restrito, na medida em que constituem o

---

[53] SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais, Reforma do Judiciário e Tratados Internacionais de Direitos Humanos. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLINARI, Alexandre Coutinho. (Coord.). **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense. 2007. p. 334.

conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito[54].

Deve-se destacar a pertinência da diferenciação conceitual entre direitos humanos e fundamentais, justamente no sentido de que os direitos humanos, antes de serem reconhecidos e positivados nas Constituições (quando se converteram em elementos do direito positivo e direitos fundamentais de uma determinada comunidade jurídica), integravam apenas como espécies de princípios jurídicos. Assim, os direitos humanos referem-se ao ser humano como tal (pelo simples fato de ser pessoa humana), ao passo que os direito fundamentais (positivados nas Constituições) concernem às pessoas como membros de um ente público concreto[55].

Segundo Ingo Sarlet[56],

> Devemos deixar devidamente consignado e esclarecido o sentido que atribuímos às expressões "direitos humanos" (ou direitos humanos fundamentos) e "direitos fundamentais", reconhecendo, ainda uma vez, que não se cuida de termos reciprocamente excludentes ou incompatíveis, mas, sim, de dimensões íntimas e cada vez mais inter-relacionadas, o que não afasta a circunstância de se cuidar de expressões reportadas às esferas distintas de positivação, cujas consequências práticas não podem ser desconsideradas.

---

54 PEREZ LUÑO, A.E.. **Los Derechos Fundamentales**. 6 ed. Madrid: Tecnos. 1995. p. 46-47.

55 HOFFE, Orfried**. Direito Intercultural**. Trad. Rafaela Sevilla. Barcelona: Gedisa. 2000. p. 166-169.

56 SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais, Reforma do Judiciário e Tratados Internacionais de Direitos Humanos. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLINARI, Alexandre Coutinho. (Coord.). **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense. 2007. p. 338.

O maior desafio da política internacional de proteção dos direitos humanos é atribuir eficácia às recomendações e decisões dos Órgãos de monitoramento, para além da mera responsabilização dos Estados, podendo mesmo chegar ao ponto de influir na jurisdição interna, para rever, reconsiderar ou desprover de eficácia decisões contrárias às diretrizes dos direitos humanos[57].

O objetivo dos instrumentos internacionais de proteção é dar efetividade à Declaração Universal dos Direitos do Homem, no seu radical de tutela da dignidade da pessoa humana. Por sua vigência, sintetiza-se o grande momento inicial do universalismo expresso na profissão de fé dos Estados no direitos fundamentais, na liberdade e igualdade, por tudo, no valor da pessoa humana e na sua dignidade[58].

2.3 DIREITOS HUMANOS COMO CONDIÇÕES E LIMITES À DEMOCRACIA

O conceito dos direitos humanos divide o mesmo caminho de outro conceito-chave no domínio político e jurídico moderno, o conceito de democracia. Conquanto, democracia define uma posição claramente especial na hierarquia estabelecida palas constituições até o século XVIII, onde, somente após o período da Revolução Francesa, passou a ser considerado como princípio de legitimação da ordem jurídica e política.

Os recentes debates políticos e jurídicos afirmam que democracia não se entende mais como uma forma constitucional legítima ao lado de outras, por exemplo, monarquia, aristocracia. A democracia, fruto principiológico de legitimação da ordem

---

57 BONIFÁCIO, Artur Cortez. **Direito Constitucional Internacional.** São Paulo: Método, 2008. p.270.

58 Idem, ibidem. p.272.

política e jurídica, recebeu, pura e simplesmente, um significado normativo básico. Com isso, nos deparamos com discussões acerca dos mais diversos modelos de democracia, dentro da análise das mais diversas constituições, todas elas de cunho democrático e, por consequência, com pretensões de serem legítimas.

O fato do conceito de democracia ter uma série de entendimentos e definições, o que torna uma compreensão múltipla, ainda a se torna mais complexa, uma vez que, ao lado dos diferentes modelos constitucionais de política, pode haver diferentes conceitos democráticos de política.

Mesmo com a atual aceitação mundial da democracia, ultrapassando os limites político, cultural e de visão, não deve-se tirar conclusões precipitadas em questões básicas da ordem política e jurídica. Ao contrário, controvérsias políticas fundamentais, que há anos atrás poderiam ser argumentados a favor e contra a democracia e que atualmente são manifestações da luta entre concepções paralelas.

De maneira semelhante acontece, em crescente intensidade, com os direitos humanos. A observância e reconhecimento mundial como ideal político e jurídico fundamental faz surgir uma série de consequências em todas os campos da sociedade. As diferenças políticas, culturais e de visão geral emergem na forma de controvertidas interpretações dos direitos humanos.

Segundo Manfredo Araújo de Oliveira[59], “para pensar a problemática da democracia e dos direitos humanos, pretende-se antes de tudo enfrentar a objeção do imperialismo cultural, segundo a qual os direitos humanos são uma produção típica da

---

[59] OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Ética, Direito e Democracia**. São Paulo: Paulos, 2010. p. 273.

modernidade ocidental, e por isso não podem levantar a pretensão de validade universal".

A relação entre os direitos humanos e a democracia também gera outra série de controvérsias. Pode-se visualizar os direitos humanos, fundamentalmente, como uma barreira externa da democracia, por abranger direitos individuais naturais e pré-políticos, que deveriam ser protegidos da interferência da política. Assim como, observar que somente através da política democrática é que os direitos humanos ganham sua forma concreta na história.[60]

Argumentações e interpretações variadas acerca dos direitos humanos não são importantes apenas do ponto de vista acadêmico, mas também possuem importância prática para a normatização e implementação real e efetiva desses direitos e para a relação entre eles. As mais diversas interpretações oriundas da relação entre direitos humanos e democracia podem, em várias situações, ter implicações na determinação de embasamento e limites na definição dos direitos humanos.

A democracia pode ser definida como o governo do povo pelo povo, demonstrando uma total identidade de quem governa e quem é governado. Segundo Dimitri Dimoulis[61], esse imperativo possui dois desdobramentos:

> Primeiro, a necessidade de efetivo acesso de todos os interessados aos mecanismos de exercício do poder, não sendo suficiente a mera presença dos direitos formais, tais como direito de voto e a possibilidade abstrata de se candidatar. Nesse sentido, podemos falar em identidade virtual entre governados e governantes. Por outro lado, todos os governados podem se

---

60 DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Col. Díke. São Leopoldo: Unisinos. 2007. p.130.

61 DIMOULIS, Dimitri. Estado Nacional, Democracia e Direitos Fundamentais. Conflitos e Aporias. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLINARI, Alexandre Coutinho. (Coord.). **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense. 2007. p. 30.

> tornar governantes; por outro, todos os governantes se submetem às normas democraticamente decididas, sendo também governados e retornando ao final do seu mandato, à mera condição de governado.
> Segundo, a possibilidade de controle efetivo e permanente do governo pelos governados graças a mecanismos de acompanhamento, fiscalização e sanção dos governantes, que incluem a possibilidade de revogação de seus mandatos a qualquer momento.

Quando se analisa a emblemática relação entre direitos humanos e democracia, algumas respostas acabam surgindo. Uma delas é a denominada *tese da complementariedade* onde afirma-se a necessária complementariedade entre direitos humanos e regime democrático. Considera-se que a democracia é o requisito da garantia jurídica e de efetivo respeito a tais direitos. Por sua vez, esses direitos são pré-requisitos da democracia, permitindo ao indivíduo participar dos processos democráticos, e reunir as condições culturais e materiais que lhe permitirão a participação ativa na política (liberdade de expressão, privacidade, independência econômica, garantia de direitos sociais etc.)[62].

Afirma, assim, Manfredo Araújo de Oliveira[63],

> Dessa forma, Höffe pretende defender a tese da possibilidade de um entendimento intercultural, e uma primeira distinção nesse debate é a distinção entre universalidade e uniformidade, o que implica que a defesa da universalidade da validade dos direitos humanos não signifique impor a culturas não ocidentais uma uniformidade cultural. Pressuposta nessa tese, é a ideia de que todas as culturas possuem o mesmo valor e a mesma dignidade e que, a partir daqui, estão livres para acolher ou rejeitar valores ou princípios de direito que lhes são estranhos. Mas com isso já se reconheceu o cerne do conceito dos direitos humanos, que torna possível a coexistência pacífica e a tolerância mútua de diferentes culturas, o que significa dizer que os direitos humanos constituem um regime intercultural.

---

62 HABERMAS, Jürgen. **Sobre a legitimação pelos direitos humanos**. In: MERLE, Jean-Christophe e MOREIRA, Luiz (orgs.). **Direito e Legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003. pp.67-82.

63 OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Ética, Direito e Democracia**. São Paulo: Paulos, 2010. p. 274.

Uma visão contrária a essa é da *tese da incompatibilidade* entre democracia e direitos fundamentais. Segundo esse posicionamento, se a democracia consiste na tomada de decisões coletivas após deliberação, o reconhecimento dos direitos fundamentais nos Estados moderno-constitucionais impede o processo democrático, pois oferece aos titulares de cada direito o exclusivo poder de decisão, afastando as questões da deliberação e da decisão pública[64].

Analisando essa última posição, observa-se que tais direitos seriam uma barreira individualista, uma vez que seria possível um grande empresário poder escolher, de forma livre e espontânea, acerca da política de emprego, em todos os seus mais diversos aspectos, a ser introduzida em sua empresa. Percebe-se, aqui, que o exercício da democracia se torna um tanto quanto impossível, uma vez que nesse espaço temos certa soberania do indivíduo como titular de direitos.

Além disso, algumas razões levam a optar pela não admissibilidade da tese da incompatibilidade. Uma delas é a de que a democracia pressupõe a presença e o efetivo exercício dos direitos fundamentais políticos e participação pública. Além disso, a falta de instituições democráticas não torna possível o exercício de muitos desses direitos fundamentais.

O que se pode perceber, de forma clara e nítida, é que entre os direitos humanos e democracia há tanto um nexo de ligação interna como uma relação de conflito. De início, analisando as reais condições de exercício da democracia e dos direitos humanos na real conjuntura da sociedade, chega-se a conclusão de que as características presentes

---

[64] DIMOULIS, Dimitri. Estado Nacional, Democracia e Direitos Fundamentais. Conflitos e Aporias. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLINARI, Alexandre Coutinho. (Coord.). **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense. 2007. p. 31.

na democracia atual não são as mesmas aquelas presentes no conceito ideal de democracia.

Nos países onde a política é praticamente monopolizada por profissionais e a maioria do povo não tem a possibilidade de influenciá-la, afirmar que os direitos fundamentais limitam ou mesmo adulteram o processo democrático é equivocado, pois a própria democracia está sendo limitada e adulterada[65].

O exercício desses direitos não depende da vontade do seu titular. A divulgação dos direitos, tanto universalmente como constitucionalmente garantidos, ocasionou inúmeros conflitos que são pacificados pelo Poder Executivo e, em último caso, pelo Poder Judiciário.

Observando as democracias constitucionais que possuem mecanismos efetivos de controle judicial de constitucionalidade, esses direitos acabam sendo equiparados a uma espécie de procuração dada ao Estado e, também, aos organismos internacionais para sugestão e criação de alternativas políticas, optando e decidindo a forma que será exercido e efetivado cada norma de direitos humanos.

A democracia é definida por Schmitt, com simplicidade e força aristotélica, como "identidade entre dominantes e dominados, entre governantes e governados, entre pessoas que mandam e pessoas que obedecem". Em sua opinião, a democracia só pode funcionar se houver igualdade substancial entre os membros da sociedade. Isto

---

[65] DIMOULIS, Dimitri. Estado Nacional, Democracia e Direitos Fundamentais. Conflitos e Aporias. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLINARI, Alexandre Coutinho. (Coord.). **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense. 2007. p. 33.

pressupõe o fechamento da sociedade em relação ao exterior (fronteiras, mecanismos de defesa militar) e também a tentativa de garantir a homogeneidade[66].

Encontra-se, nos Estados atuais, a substância da igualdade jurídica formando uma homogeneidade nacional dos cidadãos, isto é, na consciência da peculiaridade de cada nação em virtude de uma experiência histórico-cultural diferenciada daquela dos demais países.

A primeira consequência prática da democracia nacional é a aplicação de técnicas (pacíficas ou violentas) de homogeneização nacional da população: assimilação cultural ou expulsão dos grupos que pertencem a outra nação. A segunda consequência é a legislação e a pratica estatal de controle da imigração e de limitação aos direitos dos estrangeiros, bem como dos grupos que possuem a nacionalidade, no sentido jurídico do termo, mas pertencem culturalmente a outra nação[67].

Pode-se observar que essa democracia nacional, ou seja, a democracia que visualizados na atualidade, exclui, de certa forma, necessidades certas pessoas, discrimina os considerados diferentes, permitindo, inclusive, o exercício da violência. Tudo isso, sempre em nome da homogeneidade que deve ser construída e defendida pelo Estado.

A grande celeuma não está, apenas, no caráter individualista e antidemocrático desses direitos, mas também nos elementos autoritários e de exclusão da própria democracia, em razão das características estruturais do espaço de poder de caráter

---

66 Idem, ibidem. p. 34-35.

67 DIMOULIS, Dimitri. Estado Nacional, Democracia e Direitos Fundamentais. Conflitos e Aporias. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLINARI, Alexandre Coutinho. (Coord.). **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense. 2007. p. 35.

nacionalista no qual se desenvolve. Nesses espaços, os direitos fundamentais funcionam como benefícios concedidos pelo estado a quem é reconhecido ou legitimado como nacional. A comunidade dos iguais e a cidadania, não são conceitos meramente positivos nem estão correlacionados a uma vitória da civilização, como muitas vezes se acreditou. Estão ligados com a defesa agressiva do nacionalismo com suas batalhas passadas e futuras e aos conflitos internos que têm por finalidade a imposição de determinadas opções de identidade política e exclusão dos diferentes.

2.4 INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DA DEMOCRACIA

As mais diversas alterações ocorridas no âmbito jurídico internacional, no século XX, mais especificamente após a Segunda Guerra Mundial, fez nascer uma espécie de internacionalização dos direitos fundamentais, denominados, na esfera internacional, de direitos humanos.

Muitos fatores contribuíram para essa internacionalização. Uma delas foi a volumosa produção normativa internacional que tinha como objetivo assegurar tais direitos, seja através de declarações, convenções, pactos, tratados etc. Outra contribuição foi o grande interesse das organizações internacionais pelo tema e criação de órgãos cuja principal finalidade é a divulgação e proteção desses direitos.

Outro como fator de contribuição foi a criação de mecanismos internacionais de fiscalização de violações de direitos humanos e responsabilização de Estados ou indivíduos que cometem tais infrações. Além de tudo isso, foi preponderante a intensa produção teórica, incluindo análises jurídicas e debates políticos.

Analisando, a rigor, tais fatores, relacionados aos direitos humanos e à democracia, observa-se, na esfera internacional, a confirmação do crescimento no número de titulares de direitos. Ou seja, uma titularidade potencialmente universal, independente da nacionalidade de qualquer pessoa. É válido ressaltar que essa titularidade universal conhece uma série de relativizações, como é o caso daquelas garantias de direitos que abrangem certas classes e categorias de pessoas – crianças, grupos indígenas, minorias étnicas, entre outras. Contudo, não podemos deixar de visualizar uma clara tendência de superação da democracia nacional[68].

A internacionalização dos direitos humanos abre margem para o campo da responsabilização daqueles Estados que excluem ou discriminam determinadas camadas ou categorias da população, independente da movimentação dos órgãos de direito interno e da vontade do próprio Estado de realizar tal tarefa de fiscalização das violações desses direitos humanos.

É inquestionável engrandecimento do direito internacional. Contudo, são necessárias algumas ressalvas, até mesmo como margem de discussão dos próximos capítulos que envolvem as questões da globalização e da soberania dos Estados em pleno século atual.

A imensa maioria dos conflitos que envolvem o conflito entre direitos humanos e questionamentos das leis estatais são solucionados na seara do direito interno. Analisando o comparativo do número de processos julgados pelo Supremo Tribunal Federal com o número de processos de qualquer tribunal internacional de direitos humanos ficará muito bem demonstrado tal disparidade. A verdade, ainda, é que o

---

[68] DIMOULIS, Dimitri. Estado Nacional, Democracia e Direitos Fundamentais. Conflitos e Aporias. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLINARI, Alexandre Coutinho. (Coord.). **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense. 2007. p. 38.

Estado permanece como principal força protetora dos direitos humanos, se compararmos com o limitado papel desempenhado pelas organizações internacionais[69].

A internacionalização está vinculada a uma forte politização da matéria, devido à necessidade de realizar contínuos compromissos entre os Estados e os atores internacionais, no intuito de oferecer efetividade aos direitos humanos, apesar da ausência do poder estatal-coercitivo internacional[70].

A chamada nova ordem mundial, pós-guerra fria, tentou unificar o mundo e separar a soberania nacional. No entanto, dentro do cenário da política internacional em termos de globalização, ainda é forte a corrente de que o cenário mundial continua sendo dominado pelos Estados locais ou nacionais que, através de alianças, continuam a preservar a ordem mundial. Além disso, em meados da década de 90, grandes potências passaram a controlar os processos decisórios da ONU, possuindo uma posição de destaque e de absoluta predominância no Conselho de Segurança, exercendo uma espécie de política imperialista de acordo com seus interesses locais ou nacionais[71].

Dois fatores devem ser levados em conta no que diz respeito aos diversos sistemas constitucionais e suas atitudes para com o Direito Internacional. Primeiro, é que o Direito internacional está em constante mutação e, portanto, a cautela de alguns Estados em relação ao Direito Internacional não significa dizer que são nacionalistas. E, em segundo, é que a precaução surge de circunstâncias históricas que induzem estados democráticos a não se abrirem ao Direito Internacional[72].

---

69 Idem Ibidem. p. 37.

70 Idem. Ibidem. p.38.

71 Idem, Ibidem. p.39.

72 GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 376.

A ausência de um terceiro agente após a derrota dos regimes socialistas permitiu a imposição de políticas de cunho neocolonial, legitimados por meio de um discurso de intervenção humanitária em prol da democracia e dos direitos humanos. Um caso prático é da ONU que cedeu seus símbolos pacifistas aos militares de certos países, legitimando as intervenções, e, também, mantendo-se inerte diante de evidentes violações.

Igualmente preocupante é a ausência de controle democrático dos organismos internacionais. Além da desigualdade de fato entre os Estados, temos patentes desigualdades jurídicas na comunidade internacional, como ocorre com o referido caso do Conselho de Segurança ou com os organismos econômicos, como o Fundo Monetário Internacional, que adotam em seu processo decisório as regras de funcionamento das sociedades comerciais[73].

O que se observa é a constituição de uma população mundial de espectadores, todos assistindo, inertes, às decisões dos organismos internacionais, não podendo participar nem sequer influenciar suas composições e decisões nem mesmo com a forma mais limitada de participação democrática que é o direito ao voto. As decisões são tomadas por representantes dos Estados, impedindo a participação da população, além de evitar os debates públicos.

Trata-se de um caso de negação das conquistas democráticas que deveria preocupar os defensores dos organismos internacionais, uma vez que são intitulados como defensores dos direitos humanos. De outra forma, não poderia considerar como humanitária a intervenção militar que é decidida de forma parcial e unilateral, sem a

---

[73] DIMOULIS, Dimitri. Estado Nacional, Democracia e Direitos Fundamentais. Conflitos e Aporias. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLINARI, Alexandre Coutinho. (Coord.). **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense. 2007. p. 38.

participação das populações atingidas e sabendo, acima de tudo, que essa mesma defesa dos direitos humanos privará milhares de pessoas do direito à vida e a integridade corporal[74].

Na visão de George Galindo[75],

> [...] O mito de Perseu e da Medusa se encaixa melhor para explicar a atitude de certos direitos internos para com o direito internacional. Se Perseu não poderia encarar a Medusa de frente, e necessitou recorrer a um espelho para degolá-la, o mesmo acontece na esfera da aplicação do direito internacional nos direitos internos. Estes utilizam doutrinas mirabolantes para lidar com aquele. Assim, negam-se a conhecê-lo, recorrendo a tais doutrinas – o que seria o próprio espelho –, com a percepção de que encarar o direito internacional significa perder determinadas prerrogativas diante do fenômeno externo, estranho por natureza. Muitas vezes, no entanto, esta abstenção em encarar o direito internacional se explica pela ignorância dos aplicadores internos das normas de direito internacional. Neste sentido, por exemplo, a educação para o direito internacional cumpre papel decisivo.

Um modelo de processo pacífico e consensual de unificação dos Estados nacionais é dado pela construção da União Européia como comunidade de instituições, de pessoas e de processos produtivos, com laços sempre mais estreitos e com respectivo enfraquecimento dos vínculos nacionais e da soberania dos Estados-membros. Não há dúvida que o referido processo "não usa submissão ou força das armas, mas, antes, a força do Direito[76].

O exercício dos direito humanos proclamados formalmente numa Constituição ou num tratado internacional não ocorre em espaços políticos que não sejam democráticos. E de nada serve uma Constituição que não seja sentida, vivida e praticada

---

74 Idem, ibidem. p.40.

75 GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 387.

76 PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **A Constituição Européia como signo: da superação dos dogmas do Estado Nacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 8.

pela população e pelas autoridades constituídas. Com isso, o pleno gozo dos direitos humanos depende da capacidade de participação política da população. Constituição e democracia, neste sentido, aproximam-se e se fundem em conceitos complementares um ao outro.

Segundo Alexandre Coutinho Plagliarini[77]

> Para exemplificar a inafastável correlação entre Democracia e Direitos Humanos, consideremos o modelo constitucional brasileiro que vigeu durante os anos de Ditadura Militar, iniciados em 1964. Sob a égide da Constituição de 1967-1969 havia um rol de direitos fundamentais formalmente proclamados. Contudo, o povo acabava por não exercer tais direitos já por conta de não poder esconder os seus comandados -representantes- pela via da eleição direta; só isso bastaria pra se concluir que a democracia, ao mesmo tempo em que a sua previsão constitucional é material que essencialmente deva constar numa Carta, constitui-se também num direito fundamental de primeira e de quarta gerações. Até para aqueles eventuais – maus – pensadores políticos que não consideram a garantia da Democracia como assunto materialmente constitucional, a prática política antidemocrática demonstrou que, em regimes de exceção, não são exercidos nem outros direitos fundamentais constitucionalmente previstos, como a liberdade de opinião, a liberdade religião, e a mais básica liberdade: de ir e vir. No Brasil dos "anos de chumbo", vivenciaram tal realidade "na carne" personalidades como Lamarca, Prestes, Zuzu Angel, Rubens Paiva, Brizola e Herzog, dentre milhares de outro.

Continua Pagliarini,[78]

> Há momentos em que Estados se veem permeados por Constituições: apesar disto, tais Estados ficam afastados do espírito de Constituição total pela ausência da democracia, ou pela indiferença em relação aos direitos humanos. Exemplos assim se encontram na Alemanha, de Hitler; na Itália, de Mussolini; na União Soviética, de Stalin; no Chile, de Pinochet; no Brasil, de 1964 a 1985; e nos Estados Unidos, de George W. Bush. Nesses Estados

---

77 PAGLIARINI**,** Alexandre Coutinho. **Manifesto em favor da democracia (e dos Direitos Humanos) no Estado nacional, na comunidade internacional e na sociedade civil**. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLINARI, Alexandre Coutinho. (Coord.). **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense. 2007. p. 135.

78 Idem, ibidem. p. 136.

> soberanos, durante os períodos políticos frisados, desvinculou-se o constitucionalismo formal do constitucionalismo real, transformando-se, consequentemente, em um mero e inútil pedaço de papel.

A democracia não tem lugar bem definido ou pré-estabelecido. Tal caso se deve ao fato de ser a sociedade internacional uma espécie de ente esparso e descentralizado, desprovido de uma identidade política calcada na nacionalidade de um povo e na soberania de um Estado independente. No Direito Internacional Público, participam da construção do conjunto normativo os Estados soberanos e as Organizações Internacionais. E é pela manifestação de consentimentos que se criam normas oriundas de tratados, costumes, princípios e decisões.

Alexandre Paglinari[79] aponta duas soluções para tal déficit democrático:

> [...] A primeira *solução centralizante*: mudar a carta da ONU para estabelecer que as suas normas de Direito Internacional têm força superior às dos Estados nacionais membros das Nações Unidas. Assim, estabelecida definitivamente a superioridade hierárquica do Direito Internacional em relação aos ordenamentos parciais dos Estados, tornar-se-ia possível o estabelecimento da seguinte regra: antes de alguém ser cidadão de um país pelo vínculo divisor da nacionalidade, este mesmo alguém seria um potencial cidadão do mundo, com garantias jurídicas para que fosse respeitado.
>
> Uma segunda *solução não-centralizante*: aos que entendem utópica a solução anterior, há uma outra. O déficit democrático do Direito Internacional seria resolvido por uma simbiose mais fortalecida entre Direito Internacional e Direito Constitucional nacional, em que os parlamentos nacionais promoveriam obrigatoriamente a participação indireta das populações dos Estados-membros. Nesta hipótese, os apátridas continuariam sem representação. Apesar deste defeito, as Casas Legislativas nacionais serviriam também para a legitimação democrática num contexto assemelhado ao que ocorre numa federação. Mesmo nesta solução alternativa, a reformulação da ONU seria inevitável, com a necessidade de inserção de todos os Estados-membros nos órgãos decisórios, devidamente

---

[79] PAGLIARINI**,** Alexandre Coutinho. **Manifesto em favor da democracia (e dos Direitos Humanos) no Estado nacional, na comunidade internacional e na sociedade civil**. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLINARI, Alexandre Coutinho. (Coord.). **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense. 2007. p. 137-138.

> representados pelos chefes de Estado ou governo, mas sempre respaldados em seus parlamentos na oportunidade da apuração de Tratados e na criação do Direito Internacional Geral.

Em tais casos, a figura de uma sociedade internacional mais coerente e democrática transparece nos direitos humanos e na consideração desses como os verdadeiros e primeiros *jus cogens*, nos quais se demonstra a superioridade da Comunidade Internacional e do Direito internacional público. Para que se vislumbre uma democracia internacional ou transnacional, os dogmas que influenciaram o Estado moderno devem ser superados. As concepções de povo e de cidadania devem ser desvinculados do de nacionalidade. Caso contrário, não se encontrará fórmula capaz de promover inserções que superem os obstáculos do Estado nacional e do próprio Direito internacional público em sua feição que tem sem mostrado pouco democrática.

Na União Européia e o Direito Comunitário Europeu, o déficit democrático tem sido melhor superado que no Direito internacional público clássico. As ideias que influenciaram o Estado moderno foram, de certo modo, vencidas. Os conceitos de povo e de cidadania foram particularmente desvinculados de nacionalidade. Há instituições comunitárias, supranacionais, que decidem por maioria, bem como uma espécie de governo tripartido que se evidencia na existência de órgãos comunitários, como o Tribunal de Justiça Europeu. Por isso, não causam estranheza as ideias de poder constituinte supranacional e de Constituição Européia[80].

Os governos de vários Estados europeus, durante muitos anos, vêm comunitarizando o espaço do Velho Continente. Os povos dos Estados europeus, nesse período, vêm aderindo a tais mudanças e se submetendo as regras européias. Com estas

---

[80] Idem, ibidem. p.138.

duas verdades, é certo dizer que temos notado na Europa, durante todo este espaço de tempo, a estruturação pacífica de uma comunidade política hoje chamada UE, cujos poderes são racionalizados numa existente – confusa, mas ainda existente – estrutura orgânica: Parlamento Europeu, Tribunal de Justiça Europeu, entre outros.

3. OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Os tratados internacionais de direitos humanos têm como fonte um campo do Direito extremamente recente, denominado Direito Internacional dos Direitos Humanos, que é o Direito pós-guerra, fruto de resposta às atrocidades e aos horrores cometidos pelo nazismo.

Durante o regime de terror, no qual predominava a lógica da destruição e no qual as pessoas eram consideradas vulneráveis, ou seja, em face do flagelo da Segunda Guerra Mundial, emerge a necessidade de reconstrução do valor dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos surge, como já afirmado, em meados do século XX, fruto da Segunda Guerra Mundial, e seu desenvolvimento pode ser atribuído às trágicas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte dessas violações poderia ser prevenida, se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse.

Neste contexto, fortalece-se a ideia de que a proteção dos direitos humanos não se deve reduzir ao domínio reservado do Estado, ou seja, não se deve restringir à competência nacional exclusiva ou à jurisdição nacional exclusiva, porque revela tema de legítimo interesse internacional. Segundo Flávia Piovesan[81], esta concepção inovadora aponta para 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;

---

[81] PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 4.

> isto é, permitem-se formas de monitoramentos e responsabilização internacional, quando os direitos humanos forem violados;
> 2ª) a cristalização da ideia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de Direito.
> Prenuncia-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 sistemática concernente ao exercício de poder celebrar tratados é deixada a critério de cada Estado. Por isso, as exigências constitucionais relativos ao processo de formação dos tratados variam significativamente.

Em geral, o processo de formação dos tratados tem início com os atos de negociação, conclusão e assinatura do tratado, que são da competência do órgão do Poder Executivo. A assinatura do tratado, por si só, traduz um aceite precário e provisório, não irradiando efeitos jurídicos vinculantes.

A Convenção de Viena sobre o direito dos tratados de 1969, estabelece que Tratado é o acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer dois ou mais instrumentos conexos qualquer que seja sua designação específica.

Durante o ano de 1986 foi concebida uma nova Convenção que alarga o conceito formulado acima, apresentando também as Organizações Internacionais com a possibilidade de celebrarem tratados internacionais para com outras Organizações Internacionais e com Estados. Com isso, o termo *tratados internacionais* deve ser compreendido como referente a qualquer documento celebrado entre Estado e Organizações Internacionais, que tenham ou venham a ter valor no âmbito jurídico internacional.

3.1 OS DIREITOS HUMANOS E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988.

Preliminarmente, cabe considerar que a Constituição Brasileira de 1988, como marco jurídico da transição ao regime democrático, alargou significativamente o campo dos direitos e garantias fundamentais, colocando-se entre as Constituições mais avançadas do mundo no que diz respeito à matéria.

As inovações introduzidas pela Carta de 1988 – especialmente no que tange ao primado da prevalência dos direitos humanos, como princípio orientador das relações internacionais – foram fundamentais para a ratificação desses importantes instrumentos de proteção dos direitos humanos.

Junto a tudo isso, acrescente-se a necessidade do Estado brasileiro reorganizar seu compromisso internacional, de modo mais eficaz e compatível com as transformações internas decorrentes do processo de democratização. Esta dedicação se junta com o objetivo de compor uma imagem mais positiva dos Estado brasileiro no contexto internacional, como país respeitador e garantidor dos direitos humanos[82].

Acrescente-se que a adesão do Brasil aos tratados internacionais de direitos humanos representa ainda o aceite do Brasil para com a ideia contemporânea de globalização dos direitos humanos, bem como para com a ideia da legitimidade das preocupações da comunidade internacional, no tocante à essa temática. Contudo, há que se somar o alto grau de universalidade desses instrumentos, que contam com significativa aceitação e adesão dos demais Estados que compõem e integram a ordem internacional[83].

---

82 PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.13

83 Idem, ibidem. p.14

Essa ideia é oriunda de interpretação sistemática e teleológica do texto constitucional, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional. Se junta a esse raciocínio o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais referentes a direitos e garantias fundamentais e a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais, o que justifica estender aos direitos enunciados em tratados o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais[84].

Essa análise decorre, também, do processo de globalização, que inicia e estimula a abertura da Constituição à normatização internacional, ou seja, a abertura que resulta na ampliação do bloco de constitucionalidade, que passa a incorporar preceitos asseguradores de direitos fundamentais. Adicione-se ainda o fato de as Constituições latino-americanas recentes conferirem aos tratados de direitos humanos um *status* jurídico especial e diferenciado, destacando-se, neste sentido, a Constituição da Argentina que, em seu art. 75, § 22[85], eleva os principais tratados de direitos humanos à hierarquia de norma constitucional.

---

84 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 68-74.

85 **Art.75.** Compete ao Congresso: [...] §22. Aprovar ou rejeitar os tratados celebrados com outras nações e organizações internacionais e pactos com a Santa Sé. Os tratados e pactos prevalecem sobre as leis. A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e seu Protocolo Facultativo, o Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, a Convenção sobre os Direitos da Criança, nas condições da sua validade, têm status constitucional, não revogar qualquer seção da primeira parte da presente Constituição e deve ser entendido como um complemento aos direitos e garantias reconhecidos. Eles podem ser denunciados, se necessário, pelo Poder Executivo, após aprovação de dois terços de todos os membros de cada câmara. Outros tratados e convenções sobre direitos humanos, depois de ser aprovada pelo Congresso, será

Analisando sobre o prisma de que toda Constituição há de ser compreendida como unidade e como sistema que privilegia determinados valores sociais, pode-se afirmar que a Carta de 1988 elege o valor da dignidade humana como valor essencial que lhe dá unidade de sentido. Isto é, o valor da dignidade humana informa a ordem constitucional de 1988, imprimindo-lhe uma forma particular.

Se, no plano internacional, as pessoas são dotadas de dignidade, na medida em que têm um valor intrínseco, logo, deve-se tratar a humanidade na pessoa de cada ser, sempre com o fim em si mesmo, nunca como um meio – se concretizou com a emergência do Direito Internacional dos Direitos Humanos, no plano dos constitucionalismos locais, iniciando a abertura das Constituições, com ênfase ao princípio da dignidade humana. Que segundo Paulo Bonavides[86], "sua densidade jurídica no sistema constitucional há de ser, portanto, máxima, e se houver reconhecimento de um princípio supremo no trono da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser outro senão aquele em que todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados".

A Carta de 1988 é a primeira Constituição brasileira a elencar o princípio da prevalência dos direitos humanos, como princípio fundamental a reger o Estado nas relações internacionais. Até então, as Constituições anteriores à de 1988, ao estabelecer tratamento jurídico às relações internacionais, limitavam-se a assegurar os valores da

---

necessário o voto de dois terços de todos os membros de cada casa para desfrutar da hierarquia constitucional. http://www.argentina.gov.ar/argentina/portal/documentos/constitucion_nacional.pdf. Acesso em 12.02.2010.

[86] BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros, 2005. p.233.

independência e soberania do País – Constituição imperial de 1824[87] –ou se restringiam a proibir guerra de conquista e a estimular a arbitragem internacional – Constituições republicanas de 1891 e de 1934[88] – ou se atinham a prever a possibilidade de aquisição de território, de acordo com o Direito Internacional Público – Constituição de 1937 – ou, por fim, reduziam-se a propor a adoção de meios pacíficos para a solução de conflitos – Constituições de 1946 e de 1967[89].

Percebe-se, contudo, e conforme as explicações de Celso Lafer[90]: "Na experiência brasileira, o Império cuidou da independência e preservação da unidade nacional e da República, tendo consolidado as fronteiras nacionais, afirmou a vocação pacífica do país, reconhecendo progressivamente a importância da cooperação internacional para a preservação da paz".

Ao romper com a sistemática das Cartas anteriores, a Constituição de 1988, ineditamente, consagra o primado do respeito aos direitos humanos, como paradigma propugnado para a ordem internacional. Esse princípio invoca a abertura da ordem jurídica interna ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos. A

---

87 O art. 1º da Carta de 1824 previa: "O império do Brasil é a associação política de todos os cidadãos brasileiros. Eles formam uma nação livre, e independente, que não admite com qualquer outra laço algum de união, ou federação, que se oponha à sua independência".

88 A Constituição de 1934 dispunha, em seu art.4º. "O Brasil só declarará guerra se não couber ou malograr-se o recurso de arbitramento; e não se empenhará jamais em guerra de conquista, direta ou indiretamente, por si em aliança com outra nação".

89 A Constituição de 1946 previa, em seu art.4º. "O Brasil só recorrerá à guerra se não couber ou se malograr o recurso ao arbitramento ou aos meios pacíficos de solução de conflito , regulados por órgão internacional de segurança, de que participe; e em caso nenhum se empenhará em guerra de conquista, direta ou indiretamente, por si ou em aliança com outro Estado". Já a Constituição de 1967, no art. 7º, estabelecia: "Os conflitos internacionais deverão ser resolvidos por negociações diretas, arbitragem e outros meios pacíficos, com a cooperação dos organismos internacionais de que o Brasil participe".

90 Cf. Celso Lafer, prefácio ao livro de Pedro Dallari, *Constituição e relações exteriores*, pp. XVII – XVIII.

prevalência dos direitos humanos, como princípio a reger o Brasil no âmbito internacional, não implica apenas o engajamento do País no processo de elaboração de normas vinculadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos , mas sim a busca da plena integração de tais regras na ordem jurídica interna brasileira[91].

A partir do momento em que o Brasil se propõe a fundamentar suas relações com base na prevalência dos direitos humanos, está ao mesmo tempo reconhecendo a existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal. Rompe-se com a concepção tradicional de soberania estatal absoluta, reforçando o processo de sua flexibilização e relativização em prol da proteção dos direitos humanos. Esse processo é condizente com as exigências do Estado Democrático de Direito constitucionalmente pretendido.

Cabe, além de tudo o que foi comentado, ainda considerar que o princípio da prevalência dos direitos humanos contribuiu substantivamente para o sucesso da ratificação, pelo Estado brasileiro, de instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. Como analisado por Celso Lafer[92], "O princípio da prevalência dos direitos humanos foi um argumento constitucional politicamente importante para obter no Congresso a tramitação da Convenção Americana dos Direitos Humanos – Pacto San José da Costa Rica. Foi em função dessa tramitação que logrei depositar na sede da OEA, nos últimos dias da minha gestão, o instrumento correspondente de adesão do Brasil a este significativo Pacto".

---

91 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.40 e ss.

92 Cf. Celso Lafer, prefácio ao livro de Pedro Dallari, **Constituição e relações exteriores**. p. XIX.

3.2 A INTERPRETAÇÃO DO ART.5º, §2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 EM FACE DO PRINCÍPIO DA MÁXIMA EFETIVIDADE

Para estudo das relações entre a Constituição de 1988 e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, também de extrema relevância é o alcance da previsão do art.5º, §2º, da Constituição Federal de 1988, ao determinar que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. E é a partir daqui que começaremos a analisar de forma específica o nosso trabalho, ou seja, trataremos da relação entre a ordem jurídica interna e a ordem jurídica dos internacional dos direitos humanos, analisando suas transformações com o decorrer dos tempos e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, inclusive, seu atual posicionamento quanto a essa temática dos tratados internacionais dos Direitos Humanos.

A Carta de 1988 consagra de forma inédita, ao fim da extensa Declaração de Direitos por ele prevista, que os direitos e garantias expressos na Constituição "não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte" (art.5º, §2º)[93].

Com isso, a Constituição se investe de um conteúdo inerente aos direitos constantes nos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário. Mesmo que estes não sejam proclamados sob a forma de norma constitucional, mas sim sob forma de tratado internacional, a Constituição lhe confere o valor jurídico de norma constitucional, já que, de certa forma, complementam a lista de direitos fundamentais prevista na Carta Magna.

---

[93] **Art.5º** (...) § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Os direitos humanos, especialmente as liberdades individuais, direitos civis e políticos, são o núcleo inviolável do sistema político da democracia constitucional, encarnando a dignidade do homem. São então, princípios de regência, superiores à ordem jurídico-positiva mesmo quando não estejam formulados em normas constitucionais expressas[94]. Dessa linha de pensamento, decorre que a função do Estado, de proteger e promover a dignidade humana, aponta para a impossibilidade de lhes conferir hierarquia infraconstitucional mesmo quando provenham de tratados internacionais ou do regime e dos princípios adotados pela Constituição Federal Brasileira.

Observa-se que o §2º do art.5º da Constituição Federal de 1988 reconheceu como fontes dos direitos humanos os princípios constitucionais e os tratados internacionais. Estes, mesmo que não integrassem formalmente a Carta Magna, materialmente deveriam ser tratados como de hierarquia superior às leis ordinárias e equivalentes às previsões da Constituição Federal[95].

Afirma José Joaquim Gomes Canotilho[96],

> [...] As Constituições, embora continuem a ser pontos de legitimação, legitimidade e consenso autocentrados numa comunidade estadualmente organizada, devem abrir-se progressivamente a uma rede cooperativa de metanormas (estratégias internacionais, pressões concertadas) e de normas oriundas de outros centros transnacionais e infranacionais (regionais e locais) ou de ordens institucionais intermediárias (associações internacionais, programas internacionais). Os direitos humanos articulados com relevante papel das organizações internacionais fornecem um enquadramento razoável para o constitucionalismo global. O constitucionalismo global compreende

---

94 LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de La Constitución**. Trad. De Alfredo Gallego Anabiarte. Barcelona: Ariel, 1986. p. 390.

95 WEIS, Carlos. **Direitos Humanos Contemporâneos**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 35.

96 CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999. p.18.

> não apenas o clássico paradigma das relações horizontais entre Estados, mas no 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. O Poder Constituinte soberano criador de Constituições está hoje longe de ser um sistema autônomo que gravita em torno da soberania do Estado.

Retomando ao caráter aberto da cláusula constitucional constante do art.5º, §2º, é ele evidenciado por José Afonso da Silva[97], ao afirmar que os direitos individuais podem ser classificados em três grupos: o dos direitos individuais expressos, explicitamente enunciado nos incisos do art.5º; os direitos individuais implícitos, subentendidos nas regras de garantias, como o direito à identidade pessoal, certos desdobramentos do direito à vida; e por fim, o grupo de direitos individuais decorrentes do regime e de tratados internacionais subscritos pelo Brasil, que não são nem explícita nem implicitamente enumerados, mas provêm ou podem vir a prover do regime adotado como o direito de resistência, entre outros de difícil caracterização *a priori*.

A Constituição de 1988 recepciona os direitos enunciados em tratados internacionais de que o Brasil é parte, conferindo-lhes natureza de norma constitucional. Isto é, os direitos constantes nos tratados internacionais integram e complementam o catálogo de direitos constitucionalmente previsto, o que justifica estender a esses direitos o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais.

Percebe-se que tal interpretação é consonante com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, pelo qual, do dizer de Jorge Miranda[98], “a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê; a cada

---

97 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17ed., São Paulo: Malheiros, 2000. p.192.

98 MIRANDA, J. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo II. Ed. Coimbra: Coimbra, 1993.v.2, p.260.

norma constitucional é preciso conferir, ligadas a todas as outras normas, o máximo de capacidade de regulamentação. Interpretar a Constituição é ainda realizar a Constituição". Observa-se, também, na leitura de Konrad Hesse[99] que:

> [...] A interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma [...] A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação [...] A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade. Caso ela venha a faltar, tornar-se-ia inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente.

Por força do art. 5º, §§ 1º e 2º, a Carta de 1988 atribui aos direitos enunciados em tratados internacionais a hierarquia de norma constitucional , incluindo-os no elenco dos direitos constitucionalmente garantidos, que apresentam aplicabilidade imediata. A hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos decorre da previsão constitucional do art. 5º, § 2º, à luz de uma interpretação sistemática e teleológica da Carta, particularmente da prioridade que atribui aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Essa opção do constituinte de 1988 se justifica em face do caráter especial dos tratados de direitos humanos e, no entender de parte da doutrina, da superioridade desses tratados no plano internacional, tendo em vista que integrariam o chamado direito cogente e inderrogável.

---

[99] HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.p.22-23.

A noção que os direitos humanos são em essência constitucionais oferta suporte à abertura da Constituição a outros direitos também essenciais mas não constitucionalizados. Possibilidade esta, criada pela Constituição Portuguesa[100], cujo conteúdo é semelhante ao §2º do art.5º da Constituição Federal.

Observa-se a nítida opção por um sistema misto, que combina regimes jurídicos diferenciados: um regime aplicável aos tratados de direitos humanos e um outro aplicável aos tratados tradicionais. Enquanto os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, por força do art. 5º §§ 1º e 2º, apresentam, a princípio, hierarquia de norma constitucional e aplicação imediata, os demais tratados internacionais apresentam hierarquia infraconstitucional e se submetem à sistemática diversamente dos tratados tradicionais, os tratados internacionais de direitos humanos irradiam efeitos concomitantemente na ordem jurídica internacional e nacional, a partir do ato de ratificação.

Não seria necessária a produção de um ato normativo que reproduzisse no ordenamento jurídico nacional o conteúdo do tratado, pois sua incorporação é automática, nos termos do art. 5º, § 1º, que consagra o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

---

[100] Diz o art.16, 1º, da Constituição da República Portuguesa: "1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional". http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx Acesso em 12.02.2010

3.3 AS TEORIAS SOBRE A INTERPRETAÇÃO E A HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E EMENDA CONSTITUCIONAL Nº.45/2004

Desde a Constituição de 1988, inúmeras interpretações consagravam um tratamento diferenciado aos tratados relativos a direitos humanos, em função do dispositivo previsto no §2º do art.5º, o qual afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Esse dispositivo constitucional deu ensejo a uma instigante discussão doutrinária e jurisprudencial, também observada no Direito comparado, sobre o *status* normativo dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, a qual pode ser sistematizado em quatro correntes principais: A vertente que reconhece a natureza supraconstitucional dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos; O posicionamento que atribui caráter constitucional a esses diplomas internacionais; A tendência que reconhece o *status* de lei ordinária a esse tipo de documento internacional; e a interpretação que atribui caráter de legalidade aos tratados e convenções sobre direitos humanos;

Consoante lapidar ensinamento do internacionalista Cançado Trindade[101], há como sustentar que a Constituição de 1988 aderiu à tendência do constitucionalismo contemporâneo de dispensar um tratamento privilegiado aos tratados de direitos humanos, tendência esta que é sintomática de uma escala de valores na qual o ser humano passa a ocupar posição central.

---

[101] CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 631.

Vinculando o princípio hermenêutico da máxima efetividade das normas constitucionais ao art. 5º, § 2º de nossa Lei Fundamental deve ser dada a interpretação que lhe venha conferir a maior realização, ou seja, que estenda aos direitos fundamentais constantes de tratados internacionais força jurídica equivalente aos direitos previstos em Constituição. Além disso, os tratados sobre direitos humanos integram um universo de princípios com a especial força obrigatória de um autêntico *jus cogens,* que os coloca em posição hierarquicamente superior em relação aos demais tratados internacionais, justificando, assim, a diferença de tratamento também na ordem jurídica interna[102].

Respondendo a polêmica doutrinária e jurisprudencial concernente à hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, a Emenda Constitucional n. 45, de 8 dezembro de 2004, introduziu um § 3º no art. 5º, dispondo: "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas à Constituição".

O novo parágrafo 3º, acrescido ao art. 5º da Constituição Federal pode ser considerado como uma lei interpretativa destinada a encerrar as controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias suscitadas pelo parágrafo 2º do art. 5º. Portanto, uma lei interpretativa nada mais faz do que declarar o que preexiste, ao clarificar a lei existente.

Segundo Flávia Piovesan[103],

---

[102] SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais, reforma do judiciário e tratados internacionais de direitos humanos. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLINARI, Alexandre Coutinho. (Coord.). **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense. 2007. p. 345.

[103] PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.20.

> Uma vez mais, corrobora-se o entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente ao mencionado parágrafo, ou seja, anteriormente à Emenda Constitucional n. 45/2004, têm hierarquia constitucional, situando-se como normas material e formalmente constitucionais. Esse entendimento decorre de quatro argumentos: a) a interpretação sistemática da Constituição, de forma a dialogar os §§ 2º e 3º do art. 5º, já que o último não revogou o primeiro, mas deve, ao revés, ser interpretado à luz do sistema constitucional; b) a lógica e racionalidade material que devem orientar a hermenêutica dos direitos humanos; c) a necessidade de evitar interpretações que apontem a agudos anacronismos da ordem jurídica; e d) a teoria geral da recepção do Direito brasileiro.

As consequências, fruto desse dispositivo, introduzido pelo art. 5º, § 3º, e a necessidade de evolução e atualização jurisprudencial foram também realçadas no Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343[104], em 22 de novembro de 2006, em emblemático voto proferido pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, ao destacar: que a reforma acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados dos direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico.

Ao avançar no enfrentamento do tema, merece ênfase o primoroso voto do Ministro Celso de Mello a respeito do impacto do art. 5º, § 3º, e da necessidade de atualização jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do HC 87.585, em 12 de março de 2008, envolvendo a problemática da prisão civil do depositário infiel. À luz do princípio da máxima efetividade constitucional, o Poder Judiciário constitui o instrumento concretizador das liberdades constitucionais e dos

---

[104] RE 466.343-1, São Paulo, rel. Min. Cezar Peluso, recorrente Banco Bradesco S/A e recorrido Luciano Cardoso dos Santos. O julgamento envolvia a temática da prisão civil por dívida e a aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos. Até novembro de 2006, oito dos onze ministros haviam votado pela inconstitucionalidade da prisão para o devedor em alienação fiduciária, tendo sido pedida vista dos autos pelo Ministro Celso de Mello para maior reflexão sobre a revisão do entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

direitos fundamentais assegurados pelos tratados e convenções internacionais subscritos pelo Brasil. Essa alta missão , que foi confiada aos juízes e Tribunais, qualifica-se como uma das mais expressivas funções políticas do Poder Judiciário.

Flávia Piovesan[105] descreve parte do voto,

> É dever dos órgãos do Poder Público – e notadamente dos juízes e Tribunais – respeitar e promover a efetivação dos direitos humanos garantidos pelas Constituições dos Estados nacionais e assegurados pelas declarações internacionais, em ordem a permitir a prática de um constitucionalismo democrático aberto ao processo de crescente internacionalização dos direitos básicos da pessoa humana". É sob esta perspectiva, inspirada na lente ex parte populi e no valor ético fundamental da pessoa humana, que o Ministro Celso de Mello reavaliou seu próprio entendimento sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos, para sustentar a existência de um regime jurídico misto, baseado na distinção entre os tratados tradicionais e os tratados de direitos, argumentou: "Após longa reflexão sobre o tema (...), julguei necessário reavaliar certas formulações e premissas teóricas que me conduziram a conferir aos tratados internacionais em geral (qualquer que fosse a matéria neles veiculadas), posição juridicamente equivalente às das leis ordinárias. As razões invocadas neste julgamento, no entanto, convencem-me da necessidade de se distinguir, para efeito de definição de sua posição hierárquica em face do ordenamento positivo interno, entre as convenções internacionais sobre direitos humanos (revestidas de 'supralegalidade', como sustenta i eminente Ministro Gilmar Mendes, ou impregnadas de natureza constitucional, como me inclino a reconhecer) e tratados internacionais sobre as demais matérias (compreendidos estes numa estrita perspectiva de paridade normativa com as leis ordinárias). (...) Tenho para mim que uma abordagem hermenêutica fundada em premissas axiológicas que dão significativo realce e expressão ao valor ético-jurídico – constitucionalmente consagrado (CF, art. 4ºII) – da 'prevalência dos direitos humanos' permitirá, a esta Suprema Corte, rever a sua posição jurisprudencial quanto ao relevantíssimo papel, à influência e à eficácia (derrogatória e inibitória) das convenções internacionais sobre os direitos humanos no plano doméstico e infraconstitucional do ordenamento positivo do Estado brasileiro. (...) Em decorrência dessa reforma constitucional, e ressalvadas as hipóteses a ela anteriores (considerado, quanto a estas, o disposto no parágrafo 2º do art. 5º da Constituição tornou-se possível, agora, atribuir, formal e materialmente, às convenções internacionais sobre direitos humanos, hierarquia jurídico-constitucional, desde que observado, quanto ao processo de incorporação de tais convenções, o 'iter' procedimental

---

105 PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P.21-22.

> concernente ao rito de apreciação e de aprovação das propostas de Emenda à Constituição, consoante prescreve o parágrafo 3º do art. 5º da Constituição (...). É preciso ressalvar, no entanto, como precedentemente já enfatizado , as convenções internacionais de direitos humanos celebradas antes do advento da EC n. 45/2004, pois, quanto a elas, incide i parágrafo 2º do art. 5º da Constituição, que lhes confere natureza materialmente constitucional, promovendo sua integração e fazendo com que se subsumam à noção mesma de bloco de constitucionalidade.

Relativamente ao impacto jurídico dos tratados internacionais de direitos humanos no Direito brasileiro, e considerando a hierarquia constitucional desses tratados, três hipóteses poderão ocorrer. O direito enunciado no tratado internacional poderá: coincidir com o direito assegurado pela Constituição (neste caso a Constituição reproduz preceitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos); integrar, complementar e ampliar o universo de direitos constitucionalmente previstos; contrariar preceito do Direito interno.

Em síntese, os tratados internacionais de direitos humanos inovam significativamente o universo dos direitos nacionalmente consagrados – ora reforçando sua imperatividade jurídica, ora adicionando novos direitos, ora suspendendo preceitos que sejam menos favoráveis à proteção dos direitos humanos. Em todas essas três hipóteses, os direitos internacionais constantes dos tratados de direitos humanos apenas vêm a aprimorar e fortalecer, nunca a restringir ou debilitar, o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo constitucional.

Agora, analisar-se-á a questão da hierarquia dada os tratados internacionais, tanto pelos doutrinadores como pelo próprio Supremo Tribunal Federal. Será feito uma análise pormenorizada das últimas atuações do STF, no que tange a interpretação dada aos tratados internacionais de Direitos Humanos.

3.3.1 A SUPRACONSTITUCIONALIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

A primeira corrente advoga no sentido de que os tratados internacionais de direitos humanos possuem *status* supraconstitucional. Uma vez incorporados no sistema jurídico brasileiro, são dotados de hierarquia supraconstitucional.

Afirma Bitard Campos[106],

> [...] Se nosso assunto serve à lei internacional dos direitos humanos, nesse caso, afirmamos que o direito internacional está acima da Constituição. Se queremos otimizar os direitos humanos, e se reconciliar com essa finalidade de interpretar as vertentes do constitucionalismo moderno e social, em assinar linhas inspiradas num ideal semelhante, agora é compensada a nível internacional, não temos nenhuma prioridade de oposição colocação do direito internacional dos direitos humanos na Constituição, o princípio da supremacia - embora enfraquecida - em não se zombando dessa tese, é sabido que desde que ele capturou o constitucionalismo clássico foi esticado para salvaguardar em sua convivência política individual.

O monismo com prevalência do Direito internacional leva a crer que todos os tratados, inclusive os de Direitos Humanos, possuem ou podem possuir uma estrutura supraconstitucional. Na seara dos Direitos Humanos, contudo, a lógica pura e simples da supremacia tende a perder muito de seu espaço quando uma norma interna assegura

---

[106] BITARD CAMPOS, Gérman J.. **Teoría General de los Derechos Humanos**. Buenos Aires: Astrea, 1991, p.353. [...] Si para nuestro tema atendemos al derecho internacional de los derechos humanos decimos que en tal supuesto el derecho internacional contractual está por encima de la Constitución. Si lo que queremos es optimizar los derechos humanos, y si conciliarlo com tal propósito interpretamos que las vertentes del constitucionalismo moderno y del social se han enrolado em líneas de derecho interno inspiradas en um ideal análogo, que ahora se ve acompañado internacionalmente, nada tenemos que objetar a la ubicación prioritaria del derecho internacional de los derechos humanos respecto de la Constitución, el principio de su supremacia – aun debilitado – no queda escarnecido em su télesis, porque es sabido que desde que lo plasmó el constitucionalismo clásico se ha enderezado a resguardar la persona humana em su convivencia política.

de forma eficaz e ampla determinado direito. Rege-se, assim, a interpretação que beneficie a norma mais favorável ao indivíduo[107].

Entre nossos doutrinadores, podemos encontrar em Celso Albuquerque de Melo[108] a defesa da preponderância dos tratados internacionais de direitos humanos em relação às normas constitucionais, que não teriam, no seu entender, poderes revogatórios em relação às normas internacionais. Em outras palavras, nem mesmo uma emenda constitucional teria o condão de suprimir a normativa internacional subscrita pelo Estado em tema de direitos humanos.

Percebe-se, portanto, que essa tese defendida por Celso Albuquerque de Melo não se adequaria à realidade dos Estados que, a exemplo do Brasil, estão fundados em sistemas regidos pelo princípio da supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico.

3.3.2 A CONSTITUCIONALIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

O segundo posicionamento é defendido, dentre outros, por Antônio Augusto Cançado Trindade[109] e Flávia Piovesan[110] o qual sustenta que os tratados de direitos humanos possuiriam uma estatura constitucional.

---

107 GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 283.

108 MELLO, Celso Albuquerque. *O §2º do art. 5º da Constituição Federal*. In: TORRES, Ricardo Lobos (org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.25.

109 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2008. Pp. 89-90.

Esses defensores entendem que o §2º, art.5º, da Constituição, é uma cláusula aberta de recepção de outros de outros direitos enunciados em tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil. Ao possibilitar a incorporação de novos direitos por meio de tratados, a Constituição estaria a atribuir a esses diplomas internacionais a hierarquia de norma constitucional. E o §1º do art.5º da Constituição Federal asseguraria a tais normas a aplicabilidade imediata nos planos nacional e internacional, a partir do ato de ratificação, dispensando qualquer intermediação legislativa.

É importante frisar que a hierarquia constitucional seria assegurada somente aos tratados de proteção dos direitos humanos, tendo em vista seu caráter especial em relação aos tratados internacionais comuns, os quais possuiriam apenas estatura infraconstitucional.

Para essa tese, eventuais conflitos entre o tratado e a Constituição deveriam ser resolvidos pela aplicação da norma mais favorável à vítima, titular do direito, tarefa hermenêutica da qual estariam incumbidos os tribunais nacionais e outros órgãos de aplicação do direito. Dessa forma, o Direito interno e o Direito internacional estariam em constante interação na realização do propósito convergente e comum de proteção dos direitos e interesses do ser humano[111].

Portanto, os parágrafos 1º e 2º do art.5º da Constituição caracterizar-se-iam, respectivamente, como garantes da aplicabilidade direta e do caráter constitucional dos tratados de direitos humanos do qual o Brasil é signatário.

---

[110] CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil.** São Paulo: Universitária, 2000. Pp. 133-134.

[111] CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na proteção dos direitos humanos. In: Arquivos do Ministério da Justiça, Ano 46, nº12, jul/dez. 1993.

A hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos é prevista, por exemplo, na Constituição da Argentina, que delimita o rol de diplomas internacionais possuidores desse *status* normativo diferenciado em relação ao demais tratados de caráter comum[112]. Da mesma forma, a Constituição da Venezuela, a qual, além da hierarquia constitucional, estabelece a aplicabilidade imediata e direta dos tratados internacionais na ordem interna e fixa a regra hermenêutica da norma mais favorável ao individuo, tal como defendido por essa corrente doutrinária[113].

3.3.3 SUPRALEGALIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Outro posicionamento atribui a característica de supralegalidade aos tratados internacionais de direitos humanos. Essa tese foi aventada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, através do voto do Ministro Sepúlveda Pertence, quando afirmou que tais tratados poderiam revogar a legislação geral anterior, mas não poderiam ser revogados por lei posterior incompatível. Os tratados seriam, portanto, infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais tratados internacionais, também seriam dotados de um atributo que os tornariam superiores à legislação ordinária.

---

112 Art.75 (22*) op. cit.*

113 Art.23 da Constituição da Venezuela de 2000: “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional e prevalecen en el orden interno, en La medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a lãs establecidas por esta Constitución y em las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”. http://www.tsj.gov.ve/legislacion/constitucion1999.htm Acesso em 12.02.2010.

Por um período o Supremo Tribunal Federal adotou este posicionamento sob o argumento de que o Direito Internacional deveria prevalecer sobre o direito interno. Em 1951 o Ministro Orosimbo Nonato afirmou que "os tratados constituem leis especiais e por isso não ficam sujeitos às leis gerais de cada país[114]". Recentemente, essa ideia foi concebida na manifestação do Ministro Gilmar Mendes: "Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana[115]".

A justificativa para este posicionamento reside no fato de que os tratados de direitos humanos não podem afrontar a supremacia da Constituição, mas como os tratados que versam sobre direitos humanos deveriam ocupar um local especial no ordenamento jurídico brasileiro era plausível se dizer que os referidos tratados estariam abaixo da Constituição, mas acima das leis ordinárias, pois assim seria melhor conceder, perante a jurisprudência brasileira um caráter especial aos tratados internacionais de direitos humanos em razão da crescente necessidade de proteção da pessoa humana, tanto no plano internacional como no plano interno, contemplando uma nova postura da jurisprudência dos tribunais, voltadas para a proteção do ser humano com prevalência dos referidos tratados em relação à normativa infraconstitucional conferindo caráter supralegal às normas internacionais.

---

[114] Apelação Cível nº 9.587/DF (21.08.1951) *Apud* Recurso Extraordinário nº. 466. 343-1 – São Paulo – relator foi o Ministro Cezar Peluso p.27. Disponível em http://www.dip.com.br/files/RE-466343.pdf. acesso em 05 de Nov. de 2006.

[115] Recurso Extraordinário nº. 466. 343-1 – São Paulo – relator foi o Ministro Cezar Peluso p.27. Disponível em http://www.dip.com.br/files/RE-466343.pdf. acesso em 05 de Nov. de 2006.

3.3.4 LEGALIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Essa linha defendida situa-se, também, no âmbito do Supremo Tribunal Federal e defende que os tratados internacionais, por ingressarem na ordem jurídica interna por meio de decreto legislativo é aprovado por um *quorum* de maioria simples e as emendas constitucionais são aprovadas apenas com a votação em cada Casa do Congresso em dois turnos com 3/5 (três quintos) dos votos dos respectivos membros, conferindo rigidez a nossa Constituição.

Com esse entendimento o Supremo Tribunal Federal se contrapõe à interpretação jurídica pretendida por Cançado Trindade e Flávia Piovesan, já mencionados, pois passou a exigir regulamentação para a produção dos efeitos dos tratados. Percebe-se, portanto, uma interpretação equivocada que limita não somente os efeitos da aplicação imediata prevista no §1º como também os efeitos pretendidos para o §2º do art.5º da Constituição Federal de 1988.

Para os que se conformam com esse entendimento, os possíveis conflitos entre norma interna e norma internacional deveriam ser resolvidos de acordo com o princípio da lei posterior revoga lei anterior, ou seja, pela simples aplicação do critério cronológico da *lex posteriori derrogat priori*.

Essa situação, além de submeter o Estado a uma situação de vulnerabilidade em face do sistema internacional, em razão das responsabilidades que lhe poderão recair, estes argumentos ferem os princípios constitucionais da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais previsto no art.4º, II, da atual Constituição Federal.

Parece claro que a soberania popular não pode se opor a proteção da pessoa humana. E mais, a soberania popular não pode servir de entrave para a efetivação dos direitos humanos. A depender das consequências que se retire de tal conceito, pode-se facilmente chegar a paradoxos, em que as razões de Estado superam qualquer proteção a dignidade humana[116].

3.4 EMENDA CONSTITUCIONAL Nº45/2005: EVOLUÇÃO, ESTAGNAÇÃO OU RETROCESSO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS?

Não considerando, ainda, eventual aplicação do disposto no § 3º do art. 5º da Constituição Federal e em se aceitando – mesmo em face da posição adotada pelo STF- a paridade entre os direitos consagrados desde logo pelo constituinte e os oriundos do direito internacional, cumpre salientar que em ocorrendo eventual colisão entre os direitos assegurados pela Carta Magna e os oriundos dos tratados internacionais, tal colisão deve ser resolvida pela aplicação dos princípios hermenêuticos que regem tais antinomias, sem que se possa partir da premissa de uma solução sempre favorável à prevalência de um ou outro, no sentido de uma solução apriorística e aplicável a todas as hipóteses[117].

Deve-se analisar a forma pelo qual o texto do tratado, uma vez incorporado pelo como emenda, passaria a ser inserido no texto constitucional. Considerando que em

---

[116] GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 290.

[117] SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais, reforma do judiciário e tratados internacionais de direitos humanos**. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLINARI, Alexandre Coutinho. (Coord.). **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense. 2007. p. 351.

regra os tratados são ratificados e incorporados na íntegra, resta saber se o texto aprovado seria inserido nos locais próprios da Constituição, se apenas os dispositivos que enunciam determinado direito seriam acrescidos ao catálogo constitucional (consoante a natureza do direito), se o texto do tratado seria simplesmente acrescido ao final da Constituição, ou mesmo se o texto incorporado pelo procedimento das emendas simplesmente representaria um texto constitucional em separado.

Há que se destacar a tese de que a inovação trazida pela Reforma do Judiciário pode ser interpretada simplesmente como assegurando hierarquia pelo menos materialmente constitucional-jusfundamental a todos os direitos fundamentais (já que, uma vez incorporados, os direitos humanos passam também e acima de tudo – a serem todos fundamentais) e também formalmente constitucional aos tratados incorporados pelo rito de emenda constitucional que, de resto, receberiam um tratamento distinto quanto ao fato de se integrarem à Constituição textual e enrobustecerem a tese da impossibilidade de uma posterior denúncia do tratado e da responsabilização até mesmo interna se este vier a ocorrer.

Mediante a chancela da posição de que sempre todos os direitos fundamentais (incorporados, ou não, por emenda constitucional) possuem *status* materialmente constitucional – compreendido sempre no sentido de uma igual dignidade constitucional – eventual situação conflitiva (mesmo em se cuidando de contraste entre emenda e disposições fundamentais da Constituição originária), haveria de se resolver, até mesmo para impedir um tratamento incoerente e inconsistente de tais conflitos no âmbito do sistema constitucional, pelas mesmas diretrizes hermenêuticas, tendo como norte a

solução mais afinada com a máxima salvaguarda da dignidade da pessoa humana, mais de uma vez – e, convém que assim o seja[118].

Nas palavras de Celso Lafer[119], "o novo parágrafo 3º do art.5º pode ser considerado como uma lei interpretativa destinada a encerrar as controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias suscitadas pelo parágrafo 2º do artigo 5º. De acordo com a opinião doutrinária tradicional, uma lei interpretativa nada mais faz do que declarar o que preexiste, ao clarificar a lei existente".

Já para Valério Mazzuoli[120], a alteração do texto constitucional, sob o pretexto de acabar com as discussões relativas ao *status* hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro veio a causar graves problemas relativos à integração, eficácia e aplicabilidade desses tratados no nosso direito interno, pois o novo texto constitucional é ambíguo e não define que tais tratados deverão ser aprovados e poderá ocorrer que determinados instrumentos aprovados por processo legislativo não qualificado acabem por subordinar-se à legislação ordinária, o que certamente acarretaria a responsabilidade internacional do Estado brasileiro.

Já Cançado Trindade[121]nega a necessidade, em especial porque depois de ano para a construção de um posicionamento, dar um passo impensado não seria prudente,

---

118 SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais, reforma do judiciário e tratados internacionais de direitos humanos. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLINARI, Alexandre Coutinho. (Coord.). **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense. 2007. p. 355-356.

119 LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais**, p.16.

120 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. "*O novo §3º do art.5º da Constituição e sua eficácia*". **Revista Forense**, vol.378, ano 101, Rio de Janeiro, mar./abr./2005, p.89-109.

121 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Entrevista: *Um breve debate sobre o Sistema Interamenricano dos Direitos Humanos*. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio, Departamento de Direito da PUC-Rio, n.28, jan/jun. 2006. P.117.

pois mais importante do que a reforma é a capacitação de juízes a aplicar a normativa internacional sobre direitos humanos até porque acredita o autor que o debate sobre constitucionalização de tratados internacionais é, primeiro, hermético, e, segundo, anacrônico. Não deveria existir.

Observa-se, após toda essa análise, é que a realidade que temos, até então, é de deveríamos ter um §3º, art.5º, da CF, que teria a função de eliminar as controvérsias existentes sobre tratados internacionais de direitos humanos no nosso País, mas que acabou, na verdade, por suscitar ainda mais questionamentos e incongruências.

4. A SOBERANIA DOS ESTADOS: DO SURGIMENTO AO CENÁRIO ATUAL

A soberania é um dos elementos do Estado; conceito complexo, alimenta discussões contundentes, tanto em relação à origem, quanto à formação, à titularidade e à extensão. Mesmo sendo assunto analisado e discutido fartamente, ainda demonstra ser campo insaciável para investigações.

A soberania tem significados que se alteram através da história, bem como, de acordo com os interesses do doutrinador que lhe dá definição. O aparecimento dos movimentos que culminaram no reconhecimento da soberania como parte integrante do Estado, derivou de disputas de poder prolongadas, que se confundem com a própria história da humanidade.

Segundo Norberto Bobbio[122],

> O Estado, entendido como a forma suprema de organização de uma comunidade humana, traz consigo, já a partir das suas próprias origens, a tendência a colocar-se como poder absoluto, isto é, como poder que não conhece outros limites, uma vez que não reconhece acima de si mesmo nenhum outro poder superior. Este poder do Estado foi chamado de soberania, e a definição tradicional de soberania, que se adéqua perfeitamente à supremacia do Estado sobre todos os outros ordenamentos da vida social, é a seguinte: *potestas superiorem nom recognoscens*. Portanto, o Estado absoluto coloca-se como a encarnação mais perfeita da soberania entendida como poder que não reconhece ninguém superior.

As conquistas sociais utilizadas hoje, não surgiram de forma pacífica, consensual. Direitos sociais e políticos, reconhecimento de poderes, reconhecimento da soberania de Estados vieram de forma conflituosa e constante.

---

[122] BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. 4. ed., Brasília: Editora UnB, 1997, p. 11.

4.1. CONCEITO E ANÁLISE DA SOBERANIA: DA ORIGEM À ATUALIDADE

A noção de soberania como poder absoluto, que não reconhece nenhum outro acima de si, nos remonta a história antiga ao nascimento dos grandes Estados nacionais europeus.

Na análise de Sylvio Loreto[123],

> Se volvermos a nossa investigação para a antiguidade, apuraremos que nem os gregos, nem os romanos possuíam, ainda, a noção de *soberania*, que atualmente concebemos. [...] Para os gregos, o requisito principal do Estado era a Autarquia, a faculdade de se bastar a si mesmo. Já os romanos tinham uma noção defeituosa de *soberania*, sobretudo, porque o Império Romano era, ou julgava ser, na época de seu grande esplendor, o único Estado conhecido, a máxima força política organizada na época. [...] Desaparecendo, porém, o Império Romano e, com ele, a ideia do império universal, firmou-se e desenvolveu-se o regime feudal. A noção do Estado desaparece completamente, e os seus atributos essenciais, caem na ordem dos direitos patrimoniais.

Confundiu-se então a soberania, com uma espécie de propriedade, como que uma prerrogativa que, no auge do feudalismo era reconhecida aos senhores feudais. Quando esse começa a decair, os povos, saturados do despotismo anárquico dos mesmos senhores feudais, resultante do próprio regime vigente, aspiravam por uma organização nacional superior àquelas pequeninas coletividades existentes, empenhadas em intermináveis lutas privadas.

Embora já apareça na Idade Média sob a forma de poder de suserania, com fundamento carismático e intocável, a noção de soberania como *suprema potestas* só é

---

[123] LORETO, Sylvio. **Soberania em tempo de globalização**. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício (Coord.). **Princípio da Legalidade - Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito**. São Paulo: Forense, 2009. pp. 577-578.

efetivamente reconhecida e sistematizada no século XVI, após a queda do Sacro Império Romano, com os discursos de Jean Bodin na França[124].

Com Bodin iniciou-se oficialmente a era dos absolutismos monárquicos, que conheceu seu auge no reinado de Luiz XIV, que, abusando da origem divina do poder soberano, defendida na obra de Bodin[125], utilizava a soberania como poder pessoal exclusivo da pessoa sagrada do soberano.

Assim, "não podia existir Estado sem poder soberano. O poder em que se encarna a *soberania* é o do imperante. O Estado é um governo justo de muitas famílias e daquilo que lhes é comum, com poder soberano"[126]. Segundo Bobbio, "o poder soberano é o poder absoluto e perpétuo, onde absoluto significa que não está submetido a outras leis que não aquelas naturais e divinas, e perpétuo significa que consegue obter obediência contínua a seus comandos graças também ao uso exclusivo do poder coativo[127].

Afirma Alberto Ribeiro Barros[128],

> O soberano segundo Bodin, deve estar diante das leis que estabeleceu e das que foram estabelecidas pelos seus predecessores, não sendo obrigado a cumpri-las contra sua vontade. Primeiro, porque ninguém pode se obrigar a si mesmo: Se o príncipe soberano está isento das leis dos seus predecessores, muito menos estará preso às leis e ordenanças que faz, uma vez que se pode

---

124 PAUPÉRIO, Artur Machado**. O conceito polêmico de soberania**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 52.

125 BODIN, Jean. **Os seis livros da República**. Madrid: Aguilar, 1973. p. 34.

126 PAUPÉRIO, Artur Machado**. O conceito polêmico de soberania**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p.64.

127 BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política**. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. 11.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2004. p. 81.

128 BARROS, Alberto Ribeiro. **A teoria da soberania de Jean Bodin**. São Paulo: Unimarco, 2001. p. 239.

> receber a lei de outrem, mas é impossível por natureza dar-se uma lei, não mais que comandar a si mesmo, coisa que depende de sua vontade. Depois, porque se fosse obrigado a cumprir as leis que foram estabelecidas antes dele, seu poder não seria absoluto.

Percebe-se uma certa limitação do poder do soberano, não nas leis e no direito, mas sim, e somente pelo direito natural, direito divino e de comum a todos os povos terrenos. A limitação à soberania, ao poder soberano ou ao soberano, formulada por Bodin é um espelho da realidade de sua sociedade do século XVI, na qual a corporificação do poder era essência para sua identificação e consideração. Assim, os monarcas eram tidos como representantes de Deus e na sua pessoa concentravam-se todos os poderes. O poder de soberania era o poder do rei; a pessoa sagrada do rei simbolizava o próprio Estado, a soberania e a lei.

Segundo Sahid Maluf[129],

> Reformulando a teoria do direito divino, surge a teoria da soberania popular, que, teve como precursores Altuzio, Marsilio de Pádua, Francisco de Vitoria, Soto, Molina, Mariana, Suarez e outros teólogos e canonistas da chamada Escola Espanhola, os quais criaram a doutrina, segundo a qual o poder público vem de Deus, sendo que os reis recebem o poder por uma determinação providencial da onipotência divina. O poder civil corresponde com a vontade de Deus, mas promana da vontade popular.

Dentre estes, há que se destacar o pensamento de Francisco de Vitoria, que lança as bases do direito internacional moderno na época da colonização. Bem antes das grandes correntes jusnaturalistas do século XVII e XVIII, já defendia a existência de direitos naturais e de que os homens já possuem uma tendência natural para a associação. Assim, entende que existe uma comunhão natural entre os povos e que estes têm direitos de

---

129 MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 31-32.

se relacionar com outros povos, passando a defender a ideia da existência de uma sociedade natural de Estados Soberanos[130].

Destaca-se a relevância de Francisco de Vitoria para a fundação do direito internacional ao passo que a partir do seu pensamento funda-se uma nova doutrina de legitimação da guerra justa, como sanção voltada a assegurar o direito internacional, uma vez que, na falta de um Tribunal Superior para fazer valer seus argumentos, os Estados devem recorrer à guerra[131].

Em seguida, outro importante teórico clássico do poder absoluto do soberano foi Thomas Hobbes, já no século XVII. O paradigma contratualista presente em Hobbes, tem como a base a ideia do grande *Leviatã*, que ele denominou Estado (homem artificial), que remonta a formulação das ideias do Estado e de sua personalidade, que servirão para estabelecer alicerces ao atributo da soberania (alma artificial)[132].

Todos os homens eram naturalmente iguais, o que tornava possível o estabelecimento de uma luta incansável entre eles. O estado de natureza era visto como um estágio no qual o homem se encontrava entregue às suas próprias paixões, sem estar sujeito a qualquer lei; estabelecia-se uma luta incessante de todos contra todos pelo poder, gerando a necessidade de um poder soberano para escapar a esse estado de guerra[133].

---

130 FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.13-14.

131 Idem, ibidem. p.14

132 HOBBES. Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. São Paulo: Abril Cultural, 1974. (Os Pensadores, v. XIV). p. 88.

133 Idem, ibidem.

Afirma em sua obra clássica[134],

> A única maneira de instituir um tal poder comum, capaz de os defender das invasões dos estrangeiros e dos danos uns dos outros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente para que, mediante o seu próprio labor e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda a sua força e poder a um homem, ou a uma assembleia de homens, que possa reduzir todas as suas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade. [...] Isto é mais do que consentimento ou concórdia, é uma verdadeira unidade de todos eles, numa só e mesma pessoa, realizada por um pacto de cada homem com todos os homens de um modo que é como se cada homem dissesse a cada homem: Autorizo e transfiro o meu direito de me governar a mim mesmo a este homem, ou a esta assembleia de homens, com a condição de transferires para ele o teu direito, autorizando de uma maneira semelhante todas as suas ações. Feito isto, à multidão assim unida numa só pessoa clama-se REPÚBLICA, em latim CIVITAS. É esta a geração daquele grande LEVIATÃ, ou antes (para falar em termos mais relevantes) daquele Deus mortal, ao qual devemos, abaixo do Deus imortal, a nossa paz e defesa.

Segundo o contratualista, o fato de os homens organizarem-se em sociedade e constituírem uma organização baseada no direito coletivo em detrimento do individual, propicia-lhes as condições necessárias para o seu desenvolvimento e para o surgimento, consequentemente, do Estado. Concomitantemente, dá a importância ao cidadão individualmente, no momento do pacto que irá formar o ente coletivo que é chamado de Leviatã por Hobbes, desloca o poder para as mãos, não do coletivo agora unipessoal, mas para quem o controlar, o soberano.

Teríamos, assim, um deslocamento de soberania que pertencia a cada um individualmente, para o controlador do Estado, do Leviatã. Ao tratar da extensão do poder, relata-se que a soberania busca, na atuação firme do soberano, tudo que possa ser necessário e utilitário à manutenção da paz e segurança, estando subentendidos e autorizados os meios para tal intento. O soberano é ilimitado em sua atuação para defesa dos interesses dos cidadãos e para viabilizar tal condição. Por isso pode fazer paz ou

---

134 HOBBES, Thomas. **Leviatã**. Trad. de João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva, Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 147.

guerra com outras nações; escolher seus colaboradores, ministros, funcionários magistrados; formar forças de guerra[135].

O soberano é soberano por conta do poder e possibilidade de impor determinada posição ou situação aos seus súditos; utiliza-se das armas em benefício do pacto celebrado e para a melhor proteção dos próprios cidadãos.

John Locke também tinha uma preocupação com o estabelecimento de um pacto social, todavia alicerçado em tendências liberais opostas às ideias absolutistas de Hobbes. Locke partia da necessidade de se estabelecer uma sociedade política em que pactuariam os homens livres e iguais, porém, diferentemente de Hobbes, entendia que o estado de natureza não é um estado de guerra, como assim afirma[136]:

> Para bem compreender o poder político e derivá-lo de sua origem, devemos considerar em que estados todos os homens se acham naturalmente, sendo este um estado de perfeita liberdade para ordenar-lhes as ações e regular-lhes as posses e as pessoas conforme acharem conveniente, dentro dos limites da lei da natureza, sem pedir permissão ou depender da vontade de qualquer outro homem.

Assim, os homens em estado de natureza são livres para ordenar seus atos e para dispor de sua pessoa como melhor lhes convenha, dentro dos limites da lei natural, sem necessidade de pedir permissão e sem depender da vontade de outra pessoa, pois são iguais e sem subordinação.

Locke acaba criticando o absolutismo, pois “do que ficou dito é evidente que a monarquia absoluta, que alguns consideram único governo do mundo, é, de fato,

---

135 HOBBES, Thomas. **Leviatã**. Trad. de João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva, Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 154-155.

136 LOCKE John. **Segundo Tratado sobre o governo**: Ensaio relativo à verdadeira origem extensão e objetivo do Governo Civil. São Paulo: Abril Cultural, 1973 (Os Pensadores, v. XVIII), p. 41.

incompatível com a sociedade civil[137]", e afirma, também, que a tentativa de dominação ou escravização é algo que dá ensejo ao estado de guerra: "Daí resulta que aquele que tenta colocar a outrem sobre poder absoluto põe-se em estado de guerra com ele[138]".

Com isso, os homens seriam igualmente livres, iguais e independentes, e não podiam ser tirados desse estado e submetidos ao poder político de outrem, sem o seu próprio consentimento, de forma que, se a autoridade pública, a quem foi atribuída a missão de proteger a todos, abusar do poder, enseja o direito do povo de romper o contrato e recuperar a sua liberdade natural.

Na visão de Locke, o Estado existe para proteger os interesses do homem que, por seu esforço, acumulou bens e propriedades: "O objetivo grande e principal, portanto, da união dos homens em comunidades, colocando-se eles sob governo, é a preservação da propriedade[139]". Em específico, para a preservação da propriedade, entendida como direito natural, é que os homens sentem-se obrigados a se proteger sob as leis estabelecidas pelo governo.

Afirma Marcelo Guimarães da Rocha e Silva[140] que: "o conceito de soberania trazido por Locke, dentro de sua visão contratual, seria de um lado limitada pela Constituição e, por outro, pelos direitos naturais e pela soberania popular, através do Parlamento". Logo, a soberania interna passa a deparar-se com limitações de três ordens: legalidade na Constituição, fundamento no jusnaturalismo e direito de resistência pela soberania popular através do Parlamento.

---

137 Idem, ibidem. p.74.

138 Idem, ibidem. p.46.

139 Idem, ibidem. p. 58

140 SILVA, Marcelo Guimarães da Rocha e. **Direitos humanos no Brasil e no mundo**: criação de um tribunal internacional permanente. São Paulo: Editora Método, 2002, p. 32.

Jean Jacques Rousseau[141], igualmente a partir da ideia do contrato social, contudo diferentemente de Hobbes, passa a afirmar que o homem, em seu estado de natureza, vive pacificamente com seus semelhantes, todavia, para melhor alcançar seus fins particulares, se associa a seus semelhantes através da conclusão de um pacto. E, vivendo em sociedade, torna-se corruptor e corrompido, pois embora o homem seja naturalmente bom, é constantemente ameaçado por forças que não só o alienam de si mesmo como podem transformá-lo em tirano ou escravo.

Ele segue outra vertente, pregando o comando do Estado pela vontade geral. O ideal de *autolegislação* é encontrado sob fundamento em um pacto social democrático. O Direito deve expressar a soberania do próprio povo e garantir a ordem e a segurança sem abolir a liberdade dos membros da sociedade, ou seja, o Direito deve resultar de decisões da própria coletividade (vontade geral). Isso não significa que o Direito favoreça sempre os socialmente fracos, mas, caso o governo não seja corrupto e povo realmente influencia suas decisões, o Direito garantirá a harmonia social e a igualdade.

Segundo Rousseau[142],

> Que é, pois, na realidade, a soberania? Não é um convênio entre o superior e o inferior, mas uma convenção do corpo com cada um de seus membros. Convenção legítima, porque tem por base o contrato social; equitativa, porque é comum a todos; útil, porque não leva em conta outro intento que não o bem geral, porque possui como fiadores a força do público e o poder supremo.

A sua concepção é, portanto, essencialmente democrática, uma vez que faz depender toda autoridade e toda soberania de sua vinculação com o povo em sua

---

141 HISTÓRIA das Grandes Idéias do Mundo Ocidental. São Paulo: Abril Cultural, 1972. (Os Pensadores, v. II), p. 480.

142 ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social e outros escritos**. 15.ed. Tradução de Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, 2005. p. 38.

totalidade. Além disso, a lei como ato da vontade geral e expressão da soberania é de vital importância, pois as leis são as condições da associação civil e o povo, submetido às leis, deve ser o seu autor[143].

4.2 O APARECIMENTO DE LIMITAÇÕES À SOBERANIA INTERNA

O debate, logo depois da Revolução Francesa, situou-se noutro terreno, para dirigir-se àquilo que se havia classicamente considerado as duas características fundamentais da potência soberana: sua extensão e sua unidade. Portanto, a crise de seu conceito desenvolveu-se duplamente[144].

Segundo Celso Lafer[145]

> [...] No mundo moderno, até as Revoluções Americana e Francesa, prevaleceu, tanto no plano interno quanto no plano internacional, o princípio da legitimidade dinástica, o qual viu-se substituído pelo princípio da legitimidade popular, de sorte que o "Viva Nação" tomou o lugar do "Viva o Rei". [...] Tanto o poder como o Direito estavam ancorados na nação, ou melhor, na vontade da nação que, por si só, mantinha-se fora e acima de todos os governos e todas as leis.

Entre os séculos XIX e XX os Estados modernos atingiram seu auge, contudo, ainda em 1789, com a Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão e juntamente com as sucessivas cartas constitucionais, o Estado começou a mudar de forma, afetando o próprio princípio de soberania interna, limitando-a através da divisão dos poderes (legislativo, executivo e

---

143 HISTÓRIA das Grandes Idéias do Mundo Ocidental. **Os Pensadores**, 1972, v.II, p. 482.

144 GOYARD-FABRE. Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 187.

145 LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia da Letras, 2006. p. 134-135.

judiciário), do princípio da legalidade e dos direitos fundamentais[146]. Tais mudanças modificaram a relação entre Estado e indivíduo, eliminando a característica de relação entre soberano e súdito. Como a afirma Ferrajoli, "A de uma progressiva limitação interna da soberania no plano do direito estatal e a de uma progressiva absolutização externa da soberania no plano do direito internacional[147]".

É nessa época, entre meados do século XIX e meados do século XX, que essa soberania alcança seu auge. Auge bem representado pelas guerras e conquistas coloniais, caracterizando muito bem o estado de natureza hobbesiano. Nesse tempo desenrola-se essa série singular de eventos políticos-institucionais: O estado nacional e liberal democrático que vem se afirmando na Europa, enquanto internamente outorga para si um ordenamento complexo, fundado em principio na limitação dos poderes do soberano e na sua sujeição a lei e, em seguida, na representação e na participação popular, liberta-se definitivamente, nas relações externas com os demais estados, de qualquer vinculo e freio jurídico.

Afirma Luigi Ferrajoli[148],

> O Estado configura-se com um sistema jurídico fechado e autossuficiente. O monopólio exclusivo da força por ele alcançado é afirmado no que diz respeito não apenas ao seu exterior, onde se resolve numa livre concorrência entre monopólios igualmente exclusivos, e, enfim, no domínio do mais forte. [...] O Estado torna-se, então, autônomo no cenário internacional. Disto se originam duas consequências: a primeira a negação do próprio direito internacional e a segunda o espírito de potência e vocação expansionista e destrutiva, alimentando o paradigma da soberania estatal.

---

146 CANOTILHO, J. J. Gomes. Teoria jurídico-constitucional dos direitos fundamentais. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, ano IV, n. 45, p. 40, set. 2000.

147 FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 26.

148 Idem, ibidem. 36-37.

A ideia de soberania (como *potestas absoluta*) não se coaduna com a sujeição do poder à lei nem é compatível com as Cartas Internacionais de Direitos, pois, num estado de direito, em que todos se submetem à lei, dissolve-se a soberania como poder livre das leis que não reconhece superior algum. Todos os poderes são subordinados ao direito.

Por uma visão é certo que a concepção de soberania passa a encontrar limitações decorrentes do direito, por outra, há que se observar os palavras de Giorgio Agamben[149], ao destacar a ruptura do sistema de limitações fundamentado na *exceção soberana*.

Segundo André Gonçalves Pereira e Fausto Quadros[150],

> O poder soberano pode ser observado sob dois prismas: interno e internacional. Comumente o primeiro é objeto de análise constitucional, enquanto o segundo é expresso como um poder independente na ordem externa. O que caracteriza o Estado soberano, ademais como sujeito de direito internacional, é a presença de dois fatores: a unidade, tanto na organização política interna como na adoção de políticas internacionais validas para todo território nacional; e a permanência, espelhada na manutenção do Estado no plano internacional, independentemente de mudanças internas do seu governo; isto significa que os compromissos – repleto de direitos e obrigações – assumidos anteriormente em nome do Estado são mantidos.

Com base em Maluf[151], Jellinek desenvolve a ideia de que a soberania é, em síntese, apenas uma qualidade do poder do Estado perfeito, sendo o Estado anterior ao direito e sua fonte única, de modo que o direito é feito pelo Estado e para o Estado.

Desenvolveu-se na Alemanha a escola que tratou fundamentalmente da teoria da soberania pertencente ao Estado, atribuindo a esse, o poder soberano na medida do

---

149 AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção.** Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boi Tempo, 2004. p.13.

150 PEREIRA, André Gonçalves; QUADRO, Fausto de. **Manual de Direito Internacional Público**. Coimbra: Almedina, 2002. p. 328.

151 MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**, *op. cit*. 2003, p. 34.

ordenamento jurídico que ele mesmo cria e sustenta. Um de seus expoentes foi Hans Kelsen[152], idealizador da Teoria Pura do Direito, com a qual, atribui o poder soberano a quem dita o Direito, qual seja, o Estado. Para ele, em se pressupondo a ordem jurídica desse Estado como sendo a ordem suprema, acima da qual não existe nenhuma outra ordem jurídica, ter-se-á um Estado soberano.

Para haver uma ciência do Estado deve haver unidade do sistema normativo que constitui o Estado ou o Direito. A expressão desta unidade é a soberania do Estado[153]. O contrário também é verdadeiro assim, a questão de saber se o Estado é soberano ou não coincide com a questão de saber se o Direito internacional é ou não superior ao Direito nacional[154].

No âmbito do Direito Internacional, Kelsen revelará a prevalência deste ante os chamados direitos nacionais, implicando numa forte relativização ou limitação do conceito de soberania, visto que as normas de um Estado devem sujeitar-se ao Direito Internacional. Imaginar um Estado universal parece ser uma visão de Kelsen que vislumbra a superação ao velho conceito de soberania e uma louvável tentativa de superação das tendências absolutistas dos Estados.

Kelsen defende um avanço do direito internacional como solução à busca de uma paz perpétua, donde somente o monismo jurídico, garantidor de uma autonomia de nações, possa concluir essa tarefa. De resto, ele se opõe ao avanço do próprio Estado,

---

152 KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luiz Carlos Borges. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 544.

153 PAUPÉRIO. A Machado. **O conceito polêmico de soberania**. *Op cit*. p. 148.

154 KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luiz Carlos Borges. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 545.

que assume feições imperialistas, embora culmine igualmente em um monismo jurídico internacional[155].

Acerca do caráter científico atribuído à imagem do Estado soberano, analisa Luigi Ferrajoli[156]:

> Graças a essa operação não por acaso realizada em países como na Alemanha e Itália, de forte cultura jurídica, de fracas tradições liberais e de recente unificação nacional-, o paradigma hobbesiano do Leviatã e a metáfora antropomórfica da soberania estatal, deixam de ser uma ficção e são levadas a sério, abrindo espaço para uma metafísica de cunho idealista e autoritário que reconhece o Estado como única fonte do direito. Disso derivam duas importantes consequências: a primeira é a relembrada configuração dos direitos fundamentais não mais como limites externos, mas como "auto limitações" da soberania do Estado, consequentemente remetidos à sua disponibilidade. A segunda é a elaboração da conhecida e bizarra doutrina organicista, ainda hoje no auge em quase todos os manuais de direito público, segundo o qual não apenas a soberania, mas também, o povo e o território, podem ser considerados como outros tantos "elementos" constitutivos do Estado.

Observa-se, portanto, que a formação do Estado de direito acaba por gerar a própria limitação da soberania interna, com a subordinação do próprio poder legislativo de maioria à lei constitucional. Com essa subordinação, o modelo do estado de direito aperfeiçoa-se e completa-se no modelo do estado constitucional de direito, e a soberania interna como *potestas absoluta* ou poder absoluto, não existindo nenhum poder absoluto, mas sendo todos os poderes subordinados ao direito, se dissolve definitivamente[157].

---

155 BOBBIO, Norberto. *Umberto Campagnolo*: aluno e crítico de Hans Kelsen. In: LOUSANO, Mário G. (org.). **Direito internacional e Estado soberano**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 25-26.

156 FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.

157 FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.33.

Busca-se, portanto, a desconstituição da concepção clássica da soberania como poder ilimitado que não reconhece outro superior nem na ordem interna, nem na externa, fazendo um esforço para demonstrar a inadequação desta concepção no mundo globalizado que vem se consolidando, sobretudo, a partir da formação do Estado moderno.

4.3. NOVOS ATORES E UMA NOVA CONCEPÇÃO DE SOBERANIA

Após as duas guerras mundiais do século passado, os alicerces da tradicional noção de soberania ficaram efetivamente estremecidos. A necessidade de reconstrução da Europa e, sobretudo, o forte anseio mundial de estabelecimento de condições para uma paz duradoura fizeram nascer novos comportamentos entre os Estados que, ao passo que foram diminuindo seu protecionismo econômico a partir da década de 1950, foram assumindo uma postura de solidariedade e ajuda mútua.

A ausência de limitação dava ensejo ao fato de os Estado Nacionais poderem invadir os territórios uns dos outros e também de provocar a guerra, em razão de que a comunidade selvagem dos Estados soberanos atingiu seu auge na Idade Contemporânea e, justamente entre meados do século XIX e do século XX, a soberania externa dos Estados alcança suas formas mais desenfreadas e ilimitadas, inicialmente com as guerras e as conquistas coloniais, depois com as duas guerras mundiais, afirma Ferrajoli "manifestando-se mais do que nunca como equivalente internacionalista da liberdade selvagem do estado de natureza hobbesiano."[158]

---

[158] FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.34

Segundo André Gonçalves Pereira e Fausto Quadro[159],

> A evolução do direito internacional e do conceito de soberania foram pondo em crise a igualdade soberana dos Estados, desde logo porque ela se ia manifestando desajustando à realidade internacional. E daí tem vindo a acontecer que nas modernas organizações internacionais, sobretudo nas organizações supranacionais, se tem generalizado progressivamente o sistema da ponderação dos Estados em função de critérios pré-definidos, que normalmente atendem à sua dimensão demográfica e à sua extensão territorial.

A Europa soube construir no século XIX, por sobre as fronteiras erguidas no decurso de um milênio e através de frequentes congressos políticos e conferências técnicas, um espírito de entendimento, de cooperação efetiva e de enriquecimento mútuo que proporcionou ao Velho Continente um século de paz e de enorme desenvolvimento econômico, técnico e cultural. A guerra de 1914-1918 viria, tragicamente, impor uma interrupção brutal e sangrenta nos esforços, até aí bem sucedidos, no sentido do estreitamento da cooperação europeia[160].

Luigi Ferrajoli[161], faz consideração acerca da soberania: sustentando "a tese de antinomia irredutível entre soberania e direito, considerando que no plano interno a soberania está em contraste com o paradigma do estado de direito e da sujeição de qualquer poder e lei; e, no plano externo, do direito internacional, a soberania é contrariada pela Carta da ONU de 1945 e pela Declaração universal dos direitos de 1948."

---

159 PEREIRA, André Gonçalves; QUADRO, Fausto de. **Manual de Direito Internacional Público**. Coimbra: Almedina, 2002. p. 332.

160 CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de. **Manual de Direito Comunitário**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 26-27.

161 FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Saraiva, 2007.p. 1-4

Continua Ferrajoli[162],

> A ideia de *unidade política* soberana do Estado, está hoje relativamente em crise como resultado dos fenômenos da globalização, da internacionalização e da integração interestatal. No entanto, ele continua a ser um modelo operacional se pretendermos salientar duas dimensões do Estado como *comunidade juridicamente organizada*: (1) o Estado é um esquema aceitável de *racionalização* institucional das sociedades modernas; (2) o Estado constitucional é uma *tecnologia política de equilíbrio político-social* através da qual se combateram dois 'arbítrios' ligados a modelos anteriores, a saber: a autocracia *absolutista* do poder e os privilégios orgânico-corporativo medievais.

Observou-se, a partir de meados do século XX, após as duas grandes guerras mundiais, aliado ao desenvolvimento das organizações internacionais e o salto tecnológico, que não é admissível um Estado soberano, no sentido absolutista. Impõe-se, assim, uma mudança de posturas diante desses fenômenos como, por exemplo, a integração regional e o estágio evoluído da União Européia, o MERCOSUL, e a capacidade processual do indivíduo na ordem internacional.

O fenômeno de integração regional, que está solapando os poderes absolutos dos atuais Estados, quanto o fenômeno da globalização, que determina uma produção cultural e jurídica, indicam o surgimento, num horizonte não muito distante, de diplomas normativos supranacionais, como produtos de uma federação de Estados e não de meros organismos internacionais, tal como ocorria até o momento[163].

O Direito Comunitário surge como algo inédito, de consenso entre países na formulação de compromissos internacionais – a partir de tratados internacionais – mas que evoluíram com a criação de órgãos dotados de supranacionalidade, expressão

---

162 Idem, ibidem. p. 89-90

163 BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. **As tendências do Direito Público – no limiar de um novo milênio**. São Paulo: Saraiva, 2000, p.105.

significativa de soberania compartilhada, para realização de projetos comuns pautados claramente, segundo a União Européia, em bases sólidas de respeito à democracia, aos direitos humanos, à diversidade cultural, e respeito à identidade dos Estados-membros.

O Direito Comunitário rompe com a dicotomia monismo e dualismo jurídico como teorias únicas para determinação da relação entre a ordem jurídica internacional e as ordens jurídicas estatais. Pelo primado do direito comunitário, acentua-se a elevação de uma ordem jurídica que não se confunde com as ordens constitucionais, nem tampouco as desprestigia da feita que sua formação primeira é validada segundo os preceitos erigidos pela comunidade nacional[164].

Apesar da formação de blocos regionais, tidos como espectro econômico e pacificador em seu nascedouro, não afasta, ao revés, interliga, em concomitância, o fenômeno da globalização no século XXI, marcado pela velocidade, pela imediatidade de informações, da circulação de pessoas, bens e capitais. A formação de uma Comunidade Européia, com características inéditas como a criação de instituições comunitárias, órgãos supranacionais, determina a distinção entre o Direito Internacional e o Direito Comunitário, este, a despeito da fonte primeira ser o tratado internacional, passa a editar e aplicar normas próprias de um verdadeiro ordenamento legal comunitário.

O desenvolvimento do Direito Comunitário dá-se no âmbito de relações coordenadas internacionais que voluntariamente passam a ser subordinadas, pautadas em princípios como da supremacia do direito comunitário sobre a ordem jurídica nacional. O que num primeiro momento se assemelharia à perda de soberania ou restrição ao exercício de sua autonomia em esfera internacional, em contrário *sensu*, é

---

[164] Idem, ibidem. 33

interpretado como um salto qualitativo em exercício soberano de assumir compromissos internacionais, pautados em atos volitivos dos Estados que se subordinam a órgãos suprananacionais, pautados em normas próprias e subsidiados também por princípios próprios.

Afirma Cláudio Finkelstein[165],

> Poderíamos até afirmar que é derivado do direito internacional público e assume contornos de direito internacional privado, vez que assim como num processo federalizador, as nações se reúnem e através de tratados convencionam erigir um sistema político/legal comum. Esta primeira relação entre nações soberanas é uma relação internacional derivada dos princípios do direito das gentes. Em uma segunda fase, todavia, cumpre notar que os órgãos comunitários supranacionais passam a erigir diretamente suas normas, não mais pautados em princípios contidos no direito internacional público, mas sim nas suas próprias normas e por órgãos comunitários incumbidos da produção legislativa comunitária. Seriam estes os órgãos supranacionais. Estas normas são autoaplicáveis e controladas por um Judiciário comunitário que nos assuntos atinentes a sua atuação sempre se sobrepõe às Cortes superiores dos Estados membros.

Com o século XXI, um novo estágio aproximou-se, em que as dificuldades ou conflitos antes locais ou regionais, transformaram-se em temas globais: o ser humano é local na sua cultura e global nos seus anseios. De outro modo, há um paralelismo do ser humano enquanto indivíduo detentor de grande arcabouço de direitos e obrigações – construtos consolidados principalmente a partir da segunda metade do século XX; e do ser humano *comunas* agente solidário de questões difusas e indivisíveis como o meio ambiente e a defesa dos direitos humanos.

---

165 FINKELSTEIN, Cláudio. **Integração Regional: O processo de formação de mercados de Bloco**. São Paulo: IOB Thompsom, 2003. p.31-32.

4.4 A CRISE DA SOBERANIA NOS ESTADOS EM FACE DA TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS

A temática referente aos direitos humanos coloca em questão a noção tradicional de soberania trazida pelo Direito Internacional Público. A apuração da questão da soberania dos Estados levou a uma mudança de mentalidade por parte da sociedade internacional, na qual não mais se pode afirmar e admitir que o Estado possa agir como bem entender em relação aos seus cidadãos, não sendo alcançado no âmbito internacional por qualquer responsabilização.

Tem-se como paradigma histórico o período relativo ao pós segunda guerra, com efeitos desencadeados a partir da universalidade desses direitos consagrados por diversos tratados internacionais, e a consequente integração ao direito interno dos Estados, pois a partir de então é que vislumbramos reflexos desse processo na soberania[166]. Os direitos humanos teriam o condão de limitar a soberania estatal, seja pela incorporação desses tratados, sejam pelas modificações e reformas constitucionais ocorridas em diversos países, nas últimas décadas.

O sistema internacional que se configurou depois da Segunda Guerra Mundial teve, entre os seus ingredientes constitutivos, no campo dos valores, o impacto do mal ativo, associado à prepotência do poder como exercido pelos governantes dos regimes totalitários, manifesto em especial no horror a todos da descartabilidade do ser humano no período nazista. A percepção de que isto representou uma ruptura inédita em relação à tradicional preocupação com o bom governo dos Estados soberanos, instigou um

---

[166] COMPARATO. Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. VI ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

alargamento e um aprofundamento da temática dos direitos humanos no plano internacional[167].

Afirma Flávia Piovesan que "a necessidade de uma ação internacional mais eficaz para a proteção dos direitos humanos impulsionou o processo de internacionalização desses direitos, desembocando na 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 proteção dos direitos humanos[168]".

Segundo Leonardo Martins e Dimitri Dimoulis[169],

> As principais dimensões da internacionalização podem ser resumidas da seguinte forma: (a) riquíssima produção normativa internacional em prol dos direitos humanos (declarações, convenções, pactos, tratados etc.); (b) crescente interesse das organizações cuja principal finalidade é promovê-los e tutelá-los; (c) criação de mecanismos internacionais de fiscalização de possíveis violações e de responsabilização de Estados ou indivíduos que cometem tais violações; (d) intensa produção doutrinária em âmbito internacional, incluindo debates de cunho político e filosófico, assim como análises estritamente jurídicas de dogmática geral e especial.

Esse processo de internacionalização dos direitos humanos pressupõe a delimitação da soberania estatal (Estado – indivíduo) depreende-se que a semelhança do processo de limitação interna que o direito impõe à soberania, no âmbito internacional, diante das atrocidades perpetradas no período das Grandes Guerras Mundiais, o desenvolvimento do direito internacional dos direito humanos também limita a

---

167 LAFER, Celso. **Comércio, Desarmamento, Direitos Humanos** – reflexões sobre uma experiência diplomática. São Paulo: Paz e Terra. p. 188.

168 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 132-133.

169 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.35-36.

soberania internacional. Além de conferir ao indivíduo a personalidade jurídica internacional, permitindo a ampliação de sua esfera de ação, não apenas no âmbito estatal, mas transferindo-o de cidadão nacional para cidadão do mundo.

Com isso, a doutrina em defesa de uma soberania limitada passou a ser crescentemente atacada, durante o século XX, em especial em face das consequências da revelação dos horrores e das atrocidades cometidas pelos nazistas contra judeus durante a Segunda Guerra, o que fez com que concluíssem que a soberania estatal não é um princípio absoluto, mas deve estar sujeita a certas limitações em prol dos direitos humanos[170].

Os direitos humanos tornam-se uma legítima preocupação internacional com o fim da Segunda Guerra Mundial, com a criação das Nações Unidas, com a adoção da Declaração Universal dos Direitos humanos pelas Assembleia Geral da ONU, em 1948 e, como consequência, passaram a ocupar um espaço central na agenda das instituições internacionais.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, somada aos Dois Pactos Internacionais de 1966, formam a Carta Internacional dos Direitos Humanos, que inaugura o sistema global de proteção a estes direitos, o qual seria ampliado por outros tratados multilaterais de direitos humanos. Não mais poder-se-ia afirmar, em pleno século XX, que o Estado pode tratar de seus cidadãos da forma que quiser, não sofrendo qualquer responsabilização na esfera internacional. Não mais poder-se-ia afirmar no plano internacional tais atrocidades aos direitos humanos.

---

[170] PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 117-119.

Fortifica-se a ideia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, porque revela, também, tema de legítimo interesse internacional. Pronuncia-se, deste modo, o fim de um período em que a forma pela qual o Estado tratava os seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição local, decorrência de sua soberania.

Percebe-se que Estados e cidadãos, passam a ser suscetíveis de legítima preocupação da comunidade internacional; de que os maus-tratos a cidadãos e a inexistência de regimes democráticos devem demandar ação internacional; e que a legitimidade internacional de um Estado passa crescentemente a depender do modo pelo qual as sociedades locais são politicamente ordenadas[171].

Segundo Paulo Bonavides[172],

> Essa crise contemporânea inclui aspectos fundamentais: de uma parte, a dificuldade de conciliar a noção de soberania do Estado com a ordem internacional, de modo que a ênfase na soberania do Estado implica sacrifício maior ou menor do ordenamento internacional e, vice-versa, a ênfase neste se faz com restrições de grau variável aos limites da soberania, há algum tempo tomada ainda em termos absolutos; doutra parte, a crise se manifesta sob o aspecto e a evidência de correntes doutrinárias ou fatos que ameaçadoramente patenteiam a existência de grupos e instituições sociais concorrentes, as quais disputam ao Estado sua qualificação de ordenamento político supremo, enfraquecendo e desvalorizando por consequência a ideia mesma de Estado.

Com o estabelecimento da ONU e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, as relações entre os Estados passam de um estado de natureza para um estado civil a soberania deixa de ser uma liberdade absoluta e selvagem e se subordina,

---

171 PIOVESAN, Flávia. Igualdade, Diferença e Direitos Humanos: Perspectivas Global e Regional. In: SARMENTO, Daniel; Ikawa, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Org.). **Iguadade, diferença e Direitos Humanos.** Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010. p.52.

172 BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 123.

juridicamente a duas normas fundamentais, o imperativo da paz e a tutela dos direitos humanos. A carta da ONU pode ser interpretada como um verdadeiro contrato social internacional, na medida em que estabelece vínculos entre os Estados e uma ordem verdadeiramente universalista[173].

Contudo, não é tão simples a relação entre Direitos Humanos e Soberania, conforme ensinamentos Richard Falk[174]:

> O ponto central é que a soberania e os direitos humanos encontram-se ligados de formas complexas e contraditórias. A soberania pode servir como escudo ou pretexto para permitir que um governo se engaje em comportamento abusivo em relação aos seus cidadãos. Ao mesmo tempo, contudo, ele também pode proteger um governo progressista que esteja comprometido com a promoção do bem-estar econômico, social e cultural do seu povo contra uma intervenção com motivos geopolíticos que busque exercer pressão sobre um Estado mais fraco. Devido a essa natureza dúbia da soberania, com suas diversas variações, as questões levantadas sobre as relações entre soberania e direitos humanos em qualquer caso específico devem ser sempre consideradas em seu contexto mais amplo. Neste estágio de desenvolvimento da sociedade internacional, a soberania pode trabalhar contra ou a favor dos direitos humanos, dependendo das circunstâncias.

Atualmente, a problemática é repensada, ainda sem solução, por vias das lacunas de garantias contra os atos ilícitos dos Estados que violam os direitos humanos. Falar em Estados soberanos não é aceito no plano da teoria do direito, também não é no plano da teoria política. De fato o que entrou irreversivelmente em crise, bem antes do atributo de soberania é precisamente seu sujeito: o Estado nacional unitário e independente, cuja

---

173 FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 42-45.

174 FALK, Richard. **Soberania e Direitos Humanos**: a busca da reconciliação. Disponível em: <www://usinfo.state.gov/journals/itdhr/0500/ijdp/falk.htm>. Acesso em: 13 ago. 2009.

identidade, colocação e função precisam ser repensadas diante da atual mudança, de fato e de direito, das relações internacionais[175].

O respeito aos direitos humanos pressupõe também a abertura das ordens jurídicas nacionais ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, o que demanda uma nova interpretação dos princípios clássicos, tal como a soberania, sendo necessária sua relativização, como bem afirma José Canotilho[176]:

> O poder Constituinte dos Estados e, consequentemente, 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 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.

A celeuma do constitucionalismo contemporâneo aponta, portanto, para a necessária regência das relações entre o direito interno e o direito internacional, ao passo que, quando os Estados assumem compromissos através de convenções internacionais de proteção dos direitos humanos, acabam por restringir sua soberania.

Essa crise de soberania em que o estado esta passando é de épocas, mas que cabe ao direito e a política o apoio em suas relações reconstituindo o direito internacional em relação ao poder da sociedade na democracia. Essa crise dos Estados Nacionais só pode ser vencida se ocorrer uma despotencialização dos mesmos e uma migração do

---

175 FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 43-44.

176 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998. p.1217-1218.

constitucionalismo para o plano internacional, ou seja, criando uma constituição universal[177].

Continua Ferrajoli, ao afirmar que tal hipótese seria realizada através do constitucionalismo mundial, dotando de garantias jurídicas as cartas de direitos fundamentais existentes na comunidade internacional. Tais mudanças aumentariam sua competência de uma forma que atingisse outras matérias fundamentais; acabaria com a aceitação preventiva dos Estados, reafirmando a obrigatoriedade de seguir a sua jurisdição; a sua legitimação pela população, hoje restrita aos Estados; e a responsabilização e punição dos governantes quando ocorrer um desrespeito ao direito internacional[178].

Atualmente, as ações praticadas pelos Estados, como o fechamento mais forte das fronteiras nacionais, as políticas de poder e outras que provocam a diminuição do papel da ONU nas recentes crises nacionais, por exemplo, vão de encontro à criação de um constitucionalismo mundial. É preciso recuperar a dimensão normativa da ciência jurídica internacional, levando o direito mais a sério e reabilitando a sua função planejadora.

A verdade é que em curto prazo a sociedade não pode se iludir, uma vez que os direitos não são criados de um dia para o outro. A exemplo do estado de direito e da democracia, que foram conquistados com muita luta, os alicerces do direito internacional não terão uma evolução se a sociedade e os juristas não se empenharem para isso.

---

177 FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 53.

178 Idem, ibidem. p.54.

5. OS ASPECTOS DA GLOBALIZAÇÃO EM FACE DOS DIREITOS HUMANOS

5.1 CONCEITO E COMPLEXIDADE DA GLOBALIZAÇÃO

Não há quem, pelo menos de forma indireta, não tenha ouvido falar desse tão argumentado e controverso fenômeno geopolítico, econômico e cultural que permeia o cotidiano da sociedade mundial.

Segundo Zygmunt Bauman[179], "globalização é o que devemos fazer se quisermos ser felizes; para outros é a causa da nossa infelicidade. Para todos, porém, globalização é o destino irremediável do mundo, um processo irreversível; é também um processo que nos afeta a todos na mesma medida e da mesma maneira".

O processo de globalização remete a fatos históricos que apontam a separação entre Estado e Igreja. Em específico, a partir das mudanças institucionais da Europa Medieval que foi caracterizada pela repartição de poderes entre a coroa, os senhores feudais e as cidade e regiões que gozavam de foros especiais. Fatores estes que geraram a formação da Primeira Ordem Econômica Mundial. A expansão marítima foi associada ao crescimento do comércio internacional e possibilitou a formação de uma ordem econômica, social e política de cada espaço nacional, plenamente favorecido pela ampliação do conhecimento científico e na navegação[180].

---

[179] BAUMAN, Zygmunt. **Globalização e consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999. p.7.

[180] FERRER, Aldo. **Historia de La Globalización**. p. 395-397. In: http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/al000169.pdf

A Revolução Industrial no século XVIII, com a evolução da técnica, propiciou uma mudança massiva na forma de acumulação de capital, na estrutura produtiva, na estratificação social e na organização do mercado mundial e na repartição do poder, inaugurando o que se convencionou denominar de Segunda Ordem Econômica Mundial. As forças decisivas, pelas quais se dá a globalização do mundo, instituindo uma configuração histórico-social nova, surpreendente e determinante, são as forças deflagradas com a globalização do capitalismo, processo esse que adquiriu ímpetos excepcionais e avassaladores desde a Segunda Guerra Mundial e mais ainda com a guerra fria, entrando em franca expansão após o término desta[181].

Afirma José Eduardo Faria[182],

> A globalização não é um conceito unívoco. Pelo contrário, é um conceito plurívoco. Desde a última década, esse conceito tem sido amplamente utilizado para expressar, traduzir e descrever um vasto e complexo conjunto de processos interligados. Entre os processos mais importantes destacam-se, por exemplo, a crescente autonomia adquirida pela economia em relação à política; a emergência de novas estruturas decisórias operando em tempo real e com alcance planetário; as alterações em andamento nas condições de competitividade de empresas, setores, regiões, países e continentes, a transformação do padrão de comércio internacional, deixando de ser basicamente inter-setorial e entre firmas e passando a ser eminentemente intra-setorial e intrafirmas; a "desnacionalização" dos direitos, a desterritorialização das formas institucionais e a descentralização das formas políticas do capitalismo; a unificação e padronização das práticas no plano mundial, a desregulamentação dos mercados de capitais, a interconexão dos sistemas financeiro e securitário em escala global, a realocação geográfica dos investimentos produtivos e a volatilidade dos investimentos especulativos; a unificação dos espaços de reprodução social, a proliferação dos movimentos migratórios e as mudanças radicais ocorridas na divisão internacional do trabalho; e, por fim, o aparecimento de uma estrutura político-econômica multipolar incorporando novas fontes de cooperação e

---

181 OLIVEIRA, Flávia Arlanch Martins de (org.). **Globalização, Regionalização e Nacionalismo**. São Paulo: UNESP, 1999. p.16.

182 FARIA, José Eduardo**. O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 59-60.

> conflito tanto ao movimento do capital quanto no desenvolvimento do sistema mundial

Segundo Afonso de Julios-Campuzano[183], "a globalização não é, em absoluto, um fenômeno unidimensional. Mais que um fenômeno singular, a globalização comporta uma complexa rede de interações e influências. Sua estrutura é reticular, sua imagem é poliédrica. Inclusive, aqueles que têm insistido com cansativa reiteração em restringir seus contornos a um fenômeno fundamentalmente econômico, não deixam de reconhecer que a globalização encobre uma transformação profunda que afeta todos os âmbitos vitais".

Na recente conjuntura mundial, a globalização é um paradigma de mensagem da sociedade pós-moderna definindo os papéis dos sujeitos. A construção do conceito do que seja a globalização, como processo, e suas consequências é realimentada pelos discursos fundantes a cerca do conceito. Há uma real necessidade de se distinguir o atual processo de globalização dos discursos sobre globalização, os quais contribuem para criar e modelar o próprio progresso[184].

Segundo Giddens[185],

---

183 JULIUS-CAMPUZANO, Afonso de. **Os desafios da globalização: modernidade, cidadania e direitos humanos**. Trad. Clovis Gorczevski. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008. p.19-20.

184 SOUSA, Eliane Ferreira de. **O Direito na Pós-Modernidade: Globalização, legalidade, Sociedade e Identidade social**. In ADEODATO, João Maurício; BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco (Coord). **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do Direito**. São Paulo: Forense. 2009. p. 454-455.

185 GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1991. *apud* SOUSA, Eliane Ferreira de. O Direito na Pós-Modernidade: Globalização, legalidade, Sociedade e Identidade social. In ADEODATO, João Maurício; BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco (Coord). **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do Direito**. São Paulo: Forense. 2009. p. 455.

> A globalização é um processo em marcha. Hoje se fala até em 'globalização da globalização'. Assim a globalização da atividade social, provocada pela pós-modernidade e representativa de seu dinamismo, é um processo de desenvolvimento dos vínculos em qualquer lugar do mundo. Diz respeito à intercessão entre presença e ausência, o entrelaçamento de eventos sociais e de relações sociais á distância com contextos sociais, mais sempre ligados a um sistema de comunicação.

O resultado da prática da globalização, segundo Justen Filho[186], "consiste na uniformização cultural dos diversos países na redução dos poderes políticos estatais, na revisão do conceito de soberania, na intensificação do comércio mundial, na predominância das empresas transnacionais e na preponderância de concepção econômicas para a organização da vida individual e coletiva".

Segundo Marcelo Neves[187], "a teoria do direito é desafiada a incluir em suas semânticas e trazer para o centro de suas discussões a questão das ordens jurídicas globais e plurais, estruturalmente acopladas aos respectivos subsistemas da sociedade mundial. Dessa forma, a linguagem do capitalismo pressupõe um léxico determinado: 'globalização', 'pós-modernidade', 'capitalismo novo', 'cultura de consumo', e assim por diante."

Com a globalização, o Estado perde espaço e tem sua soberania enfraquecida, ao mesmo tempo em que se verifica o fortalecimento de instâncias que ultrapassam as fronteiras nacionais e o surgimento de estruturas normativas que concorrem ao seu ordenamento[188].

---

186 FILHO, Justen. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 16.

187 NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 261.

188 CAMPILONGO. C. F. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad. 2000, p. 146

A realidade mundial do fenômeno inevitável da globalização, com a intromissão crescente de empresas supranacionais, os avanços tecnológicos da informática, a atuação das organizações não-governamentais de caráter internacional e o papel do indivíduo como sujeito internacional, ligado à generalidade de problemas mundiais, como paz, meio ambiente e direitos humanos, têm levado os Estados a uma reflexão que permitem a criação de um espaço internacional[189].

Afirma Eliane Ferreira de Sousa[190] que, diante desse fenômeno, "é preciso pensar se a sociedade está preparada para suportar a diversidade de expectativas de comportamento diante de um miscelânea de fatores decorrentes da (des)estruturação do sistema. Tais fatores fazem com que surjam um pluralização de problemas sociais advindos da falta de regulação das relações jurídicas internas frente a essa nova ordem de discurso".

A afirmação generalizada de que governos nacionais seriam cada vez menos capazes de superar os problemas, solucionáveis apenas em escala mundial, chega a apresentar um caráter circular, pois, de maneira inversa, tarefas especificamente globais não podem ser resolvidas regionalmente.

Segundo Marcos Kaplan[191]

---

189 BONIFÁCIO, Artur Cortez. **O Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Método, 2008. p. 48.

190 SOUSA, Eliane Ferreira de. O Direito na Pós-Modernidade: Globalização, legalidade, Sociedade e Identidade social. In ADEODATO, João Maurício; BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco (Coord). **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do Direito**. São Paulo: Forense. 2009. p. 456.

191 KAPLAN, Marcos. **La fase atual de Globalización**, p.309. [...] Las manifestaciones de uma consciência universalizante avanzan, con las redes de organizaciones e instituiciones transnacionales o mundiales. Se extiende el concepto de derechos humanos, los movimientos de ciudadanos planetarios, las demandas de uma justicia penal internacional para los delitos contra la humanidad. Se expresa la

> Uma das manifestações da consciência universalizante movimento, redes de organizações e instituições que transnacional ou global. Ele estende o conceito de direitos humanos, movimentos de cidadãos exige Uma planetária da justiça penal internacional para crimes contra a humanidade. Ela expressa a necessidade de regulamentação e uma governança global e uma nova lei internacional.
> As forças e tendências da globalização convergem Uma redefinição e reposicionamento do Estado-nação, a nossa sociedade e no sistema internacional. Mude sua natureza e a sua características, suas funções, tarefas, competências e poderes de decisão e de ação, os objetivos e o conteúdo de suas políticas, padrões de comportamento, suas realizações e limites.

Atualmente, alguns setores como segurança interna ou externa, seguridade social, economia e preservação do meio ambiente, proteção dos direitos humanos, ou seja, uma grande parte daquelas atividades que dão impulso à forma jurídica e política da auto-organização humana, vem transcendendo aos limites estatais. Além disso, novos personagens ganham poder e influência no cenário mundial. Trata-se de instituições internacionais e transnacionais, bem como organizações não-governamentais entre outros. Na verdade, as palavras de ordem ora ainda vigentes não são eliminadas através de inovações; ao contrário, acabam ganhando uma nova dimensão que promove mudanças radicais na política e em sua teoria.

É sabido que as novas temáticas das sociedades têm abarcado os mais diversos temas: direitos humanos, meio ambientes, terrorismo, saúde, educação e muitos outros. Essa massificação de assuntos faz com que as instituições sociais desenvolvam perfis cada vez mais próximos de abarcar a multiplicidade temática. Essa, aliás, deve ser uma preocupação do direito.

---

necesidad de uma regulación y governabilidad globales y de un nuevo derecho internacional. Las fuerzas y tendencias de la globalización convergen en uma redefinición y una reubicación Del Estado-nación em la sociedad y en el sistema internacional. Cambian su naturaleza y sus características; sus funciones, tareas, capacidades y poderes de decisión y acción; los objetivos y contenidos de sus políticas; sus patrones de comportamiento, sus logros y limites.

Apesar disso, a globalização não está solitária, como o único expoente de nossa época, uma vez que existem outros movimentos de considerável importância. A globalização não está apta a ser conceito básico de validade exclusiva. Ligado à globalização está outro movimento: a regionalização. Na esfera global, Estados e regiões também se encontram em concorrência mútua. É verdade que a regionalização envolve ainda outros fatores, como, por exemplo, o desmembramento de Estados, considerados poderosos, em vários outros de pequena envergadura, e ainda a formação de novas unidades administrativas. Contudo, a autoconfiança demonstrada por determinadas regiões supera, em muito, o componente econômico[192].

Percebe-se que a sociedade se depara com desafio da globalização. Para a sua sobrevivência, a humanidade, geralmente, conhece dois modelos básicos. Ambos contêm uma força visionária, e quem quiser pode falar de uma utopia. De um lado, regras coletivas e poderes públicos substituem a arbitrariedade e o poder privado. Cremos ser mesmo um imperativo moral a supremacia do direito e da justiça sobre a violência, e, na verdade, em todos os tempos e lugares; acreditamos, ainda, que, para esse fim, poderes públicos devam ser instituídos e organizados democraticamente. Chamo a isso imperativo igualmente universal da Democracia[193].

5.2 GLOBALIZAÇÃO, SOBERANIA E DIREITOS HUMANOS

Observa-se, hoje, um desrespeito estrondoso aos direitos humanos e, além disso, guerras civis que, em muitos lugares, são consequências, ainda que tardias, da

---

192 HOFFE, Otfried. **A democracia no mundo de hoje**. Trad. Títo Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.14.

193 HOFFE, Otfried. **A democracia no mundo de hoje**. Trad. Títo Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.20.

colonização e descolonização, e também uma resposta enérgica à corrupção e à má gestão. Há fome, pobreza e subdesenvolvimento tanto econômico quanto cultural e político, além de grandes desastres ecológicos e desrespeito aos direitos humanos. Em parte por motivos políticos, em parte por motivos econômicos.

Esse novo modelo de globalização é originado de diversos processos histórico, tais como: a revolução tecnológica da informação, a crise econômica do capitalismo e do estatismo, o afloramento dos movimentos sociais, o liberalismo, a luta pelos direitos humanos, o ambientalismo e tantos outros pontos. As interações entre esse processos desencadearam a remodelagem da base material da sociedade, a qual passou a ser uma sociedade em rede[194].

O direito acaba impondo barreiras para a solução dos seus próprios conflitos, haja vista a pluralidade de relações na solução de determinados problemas jurídicos condicionados a problemas sociais. Ao mesmo tempo, o direito influência de forma seletiva, porque é o resultado da própria sociedade.

Como já visto a globalização objetiva justamente a queda das fronteiras nacionais, na busca de uma suposta integração, e para tanto sugere reformas na seara política e econômica, entretanto, para que isso de fato se materialize é necessário traçar a viabilidade jurídica, o que invariavelmente ocorrerá através da recepção dos tratados e convenções internacionais pelo direito interno, e é ai que surgem os questionamentos.

---

[194] SOUSA, Eliane Ferreira de. **O Direito na Pós-Modernidade: Globalização, legalidade, Sociedade e Identidade social**. In ADEODATO, João Maurício; BRANDÃO, Cláudio, CAVALCANTI, Francisco (Coord). **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do Direito**. São Paulo: Forense. 2009. p.453-454.

Segundo Sylvio Loreto[195],

> As mudanças ocorridas em todo o mundo são tantas, a realidade que surgiu é tão inovadora, que tem dado margem ao aparecimento de uma confusão de trabalho e pesquisas científicas abordando esse tema: a nova realidade mundial, mais especificamente, a globalização. Na verdade, o conceito de soberania tão bem integrado e estruturado no decorrer da história, admitido como pedra angular do Estado moderno, chega aos nossos dias abalados, em decorrência de fatores de inegável poder, com inquestionável efeito internamente e nas relações entre os povos, adotando variadas formas: política, jurídica, econômica, tecnológica etc. A globalização representa, portanto, um desafio significativo para exercício da soberania dos Estados no contexto internacional. Esses desafios, que não são triviais, levaram alguns autores a falar em 'crise da soberania', questionando não somente a utilidade o conceito para captar e explicar as características atuais do fenômeno, como também quem seria o 'sujeito' da soberania.

Nessa encruzilhada o problema latente que afeta os direitos humanos é sempre um e o mesmo: o de sua universalização, uma demanda crescente que permeia incansavelmente nossas consciências e que suscita um imperativo ético, do que não podem fugir os juristas governantes e legisladores. A existência dos direitos humanos não se resolve com sua constância em documentos jurídicos de âmbito nacional ou internacional. Essa é uma exigência em estado vegetativo que não satisfaz aos níveis mínimos de dignidade. A existência dos direitos humanos há de abordar-se como uma demanda global, em sentido intensivo (devem existir todos os direitos) e extensivo (para todos os seres humanos)[196].

A era da globalização não está isenta de malversações teóricas. A manipulação dos direitos humanos como manto mascarador de sórdidas e injustas ambições gera uma

---

195 LORETO, Sylvio. **Soberania em tempo de globalização**. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício (Coord.). **Princípio da Legalidade - Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito**. São Paulo: Forense, 2009. pp. 594.

196 JULIUS-CAMPUZANO, Afonso de. **Os desafios da globalização: modernidade, cidadania e direitos humanos**. Trad. Clovis Gorczevski. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008. p.101-102.

triste atualidade que se manifesta nas mais diversas formas. Muitos são os que, sob o manto da defesa, “destroem” os direitos humanos com atitudes intelectuais e questionamentos teóricos que fazem cambalear sua universalidade, impugnando o modelo axiológico que representa os direitos humanos por ser expressão inequívoca de uma imposição cultural inaceitável e opondo, frente a este catálogo de vigência universal, um confuso e suspeito “direito a diferença” que, erigido interessadamente como o direito humano primordial, opera em realidade como “patente de corso” para o relativismo-ético cultural[197].

É cada vez mais latente que a globalização estranha desafios de singular relevância no processo de desenvolvimento histórico dos direitos humanos, que atravessam, neste período de redefinição das ciências sociais em geral, um momento particularmente crítico. A eclosão da nova ordem global faz cada vez mais evidente a crise de compreensão de todo um modelo de compreensão dos direitos humanos como categorias vinculadas à questão espaço-temporal.

A globalização inaugura uma nova fase, um novo período dos direitos humanos. Uma fase marcada pela demanda de uma compreensão cabal e completa dos direitos humanos como categorias completamente incluídas na realidade histórica onde se explicitam. Se até agora os direitos humanos eram concebidos de forma fragmentada e parcial, o horizonte da globalização exige superar essa fase de questionamentos estanques e incompletos que são a causa de muitos disparates no desenvolvimento da doutrina dos direitos humanos.

---

[197] JULIUS-CAMPUZANO, Afonso de. **Os desafios da globalização: modernidade, cidadania e direitos humanos**. Trad. Clovis Gorczevski. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008. p.118.

Algumas questões devem ser analisadas e superadas. É necessário superar o reduzido espaço das fronteiras estatais. Em tempos de globalização, o marco político estatal se mostra cada vez mais insuficiente. Constitui ligar comum a afirmação popularizada, em virtude da qual na era contemporânea o Estado é demasiado grande para as coisas pequenas e demasiado pequeno para as coisas grandes. Assistimos ao acaso uma premissa essencial da primeira modernidade, aquela vinculada à ação em espaços delimitados geograficamente nos contornos do Estado-nação. A globalização entranha a dissolução das explicações territoriais, o fim das fronteiras e das separações naturais. Tudo aparece já interconectado: a ecologia, a técnica, os conflitos transculturais, sociedade civil e, claro, a questão dos direitos humanos.

Nesse âmbito, se faz necessário implementar estruturas institucionais de âmbito supranacional que permitam dar respostas a problemas que vão além das reduzidas fronteiras do Estado-nação. É importante ressaltar a necessidade de superar-se o espalhar de múltiplos centros jurídicos estatais, respondendo a pulsações globais com um reforço universalizador que permite resistir as tendências negativas que o processo de globalização comporta.

No que concerne à teoria dos direitos humanos, o horizonte espacial da modernidade tem gerado uma concepção de direitos humanos estritamente vinculada ao Estado-nação que, ao apostar pela realização dos direitos dos cidadãos, sacrifica sua própria matriz ilustrada de cunho universalista. Os direitos humanos ficam, em consequência, indissociavelmente unidos ao marco geográfico circunscrito pelo princípio da soberania nacional, tanto em nível interno de cada estado como no cenário

internacional onde Estado segue aparecendo como principal autor da ordem jurídico-política [198].

O cenário internacional é composto, dessa forma, de um conjunto de estados em linha que pugnam entre si para cumprir as demandas e expectativas de seus nacionais quanto à realização dos direitos fundamentais constitucionalmente proclamados. Resta dizer que esse cenário internacional se converte em um campo de batalha onde os Estados tratam de satisfazer a todo o custo as expectativas de bem-estar e desenvolvimento de seus cidadãos, em detrimento, se necessário for, dos direitos de outros nacionais.

Diante da crise do paradigma espaço-temporal dos direitos humanos, ligado ao espaço geográfico do Estado-nação e à dimensão temporal do presente, é reivindicado um novo paradigma espaço-temporal baseado em uma compreensão global dos direitos humanos de alcance mundial e sobre a abertura dos direitos humanos para a posteridade, mediante garantia de interesses difusos de titularidade coletiva que devem ser adequadamente protegidos. Esses interesses difusos são dotados de um bem público e correspondem à qualidade de vida global.

A teoria dos direitos humanos deve sair do impasse teórico de seu encaixe estatal-nacional que o afunda e destrói ferreamente no âmbito dos ordenamentos estatais. Um novo paradigma de direitos humanos deve superar as reduzidas limitações geográficas, tão falsas como imperturbáveis, em campos de uma compreensão global dos direitos em completo marco espacial de mundo independente. O Estado, já não é

---

198 JULIUS-CAMPUZANO, Afonso de. **Os desafios da globalização: modernidade, cidadania e direitos humanos**. Trad. Clovis Gorczevski. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008. p.122.

um instrumento institucional suficiente para dar respostas aos problemas fundamentais de amplitude mundial.

A era da globalização inicia um novo período no processo histórico de esclarecimento dos direitos humanos. Justamente aquela que concerne sua universalização, a extensão dos direitos além das fronteiras estatais, o desfazimento das diferenças que impedem o avanço dos direitos humanos, como um conjunto de valores universalmente divididos. É o momento de os direitos humanos deixarem de ser objeto de apropriação e de se erguerem novamente sobre o horizonte escuro de uma humanidade conturbada para desenhar os perfis de uma nova ideologia cuja projeção histórica permitirá a conciliação da racionalidade dos fins e do direito com a justiça.

O crescimento moral da sociedade está ligado à capacidade do homem para fazer o efetivo catálogo ético que representam os direitos humanos. Sua total e plena realização demanda e exige um novo paradigma espaço-temporal que supere as barreiras convencionais da política tradicional e que projete os direitos além do tempo presente, um paradigma que permita reconciliar o homem com seus congêneres e a espécie com o âmbito mundial.

Em consonância com tudo já exposto, é válido salutar que regimes autocráticos sofrem pressões, em parte, internas e, em parte, externas. Mesmo com a não imposição de sanções em escala mundial às violações dos direitos humanos, elas acabam esbarrando em protestos de repercussão internacional. Desta maneira, aos poucos vai se formando uma opinião pública mundial que, aliás, poderá aliar-se à chamada memória mundial.

5.3. EXPANSÃO DA DEMOCRACIA UNITÁRIA RUMO À DEMOCRACIA GLOBAL

É crescente a opinião pública mundial acerca da expansão e consolidação do Direito Internacional Privado e do Direito Internacional Público que, para certas áreas, até já dispõem de tribunais de competência global. Soma-se, ainda, o número cada vez maior de organizações e entidades atuantes em todo o mundo. Organizações governamentais e não-governamentais de caráter internacional, assim como conferências e consultorias a elas relacionadas, perseguem, por um lado, objetivos econômicos ou técnicos e, por outro lado, direitos humanos ou de outra natureza.

Poder-se-ia indagar como a humanidade responderia da melhor maneira ao desafio da globalização. Para a sua sobrevivência, a humanidade, na maioria das vezes, conhece dois modelos básicos. De um lado, regras coletivas e poderes públicos substituem a arbitrariedade e o poder privado. Parece ser mesmo um imperativo moral a supremacia do direito e da justiça sobre a violência, e, na verdade, em todos os tempos e lugares; acredita-se, ainda, que, para esse fim, poderes públicos devam ser instituídos e organizados democraticamente. Chama-se a isso imperativo igualmente universal da democracia[199].

Em matéria de globalização, não é a sociedade mundial paulatinamente configurada pela política internacional, mas um processo extremamente contraditório,

---

[199] HOFFE, Otfried. **A democracia no mundo de hoje**. Trad. Títo Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.20.

integralmente fragmentado de globalização, impulsionada pelo sistemas parciais individuais da sociedade em velocidades distintas[200].

A teoria do Direito é desafiada a incluir em suas semânticas e trazer para o centro de suas discussões a questão das ordens jurídicas globais e plurais, estruturalmente acopladas aos respectivos subsistemas da sociedade mundial. Dessa forma, a linguagem do capitalismo pressupõe um léxico determinado: “globalização”, “pós-modernidade”, “capitalismo novo”, “cultura de consumo”, e assim por diante[201].

Diante desse fenômeno, é preciso pensar se a sociedade está preparada para supor a diversidade de expectativas de comportamento diante de um miscelânea de fatores decorrentes da (des)estruturação do sistema. Tais fatores fazem com que surjam um pluralização de problemas sociais advindos da falta de regulação das relações jurídicas internas frente a essa nova ordem de discurso. É preciso, então, separar o que é legal do que é ilegal[202].

Hall acentua três consequências da globalização sobre as identidades culturais: (a) as identidades nacionais estão se desintegrando, como resultado do crescimento da homogeneização cultural e do pós-moderno global; (b) as identidade nacionais e outras identidades locais ou particulares estão sendo reforçadas pela resistência a globalização;

---

200 TEUBNER, 2003, p.12 *apud* HOFFE, Otfried. A democracia no mundo de hoje. Trad. Títo Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.21.

201 NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 261.

202 SOUSA, Eliane Ferreira de. O Direito na Pós-Modernidade: Globalização, legalidade, Sociedade e Identidade social. In ADEODATO, João Maurício; BRANDÃO, Cláudio, CAVALCANTI, Francisco (Coord). **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do Direito**. São Paulo: Forense. 2009. p.456-457.

(c) as identidades nacionais estão em declínio, mas novas identidades-híbridas – estão tomando o seu lugar[203].

Em face de uma comunidade de violência atualmente reinante em todo o mundo, o ideal consiste em uma ordem global de paz que venha a dominar as outras novas formas de violência global, a saber, as ameaças nucleares e ecológicas, o terrorismo, o tráfico de pessoas, de drogas e de armas, assim como o crime organizado. E se o ideal se dispuser a enfrentar problemas adicionais da globalização, como a preservação ambiental, a proteção dos direitos humanos e o reconhecimento de padrões sociais mínimos, acabará alargando-se para formar uma ordem jurídica global.

Encontramos, também, algumas objeções. Consoante uma primeira objeção, existe, para a salvaguarda internacional dos direitos humanos, um meio bem mais simples: a democratização de todos os Estados. De acordo com a segunda objeção, a globalização conduz a um nivelamento contra o qual se faz necessário um poderoso contraponto, isto é, um fortalecimento das peculiaridades regionais e locais, a fim de se preservar a riqueza social e cultural do mundo, assegurando-se, dessa forma, a identidade de cada ser humano a ela vinculada. A terceira objeção é levantada por ninguém menos que Kant. Para ele, uma República Mundial seria um monstro que, em virtude de sua grandeza e complexidade, não se deixaria governar. Em quarto lugar, uma República Mundial deverá pôr em jogo a grande conquista civilizatória – os direitos humanos e a cidadania, pois, até a presente data, apenas o Estado nacional tem sido capaz de garantir esses direitos. Por último, mas não em último e não menos importante, um Estado global prejudicaria a competição entre as pessoas de maneira tão

---

[203] Hall , Stuart. **A identidade cultural no contexto da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2004, p.69.

marcante que as forças criativas da Humanidade correriam o risco de cair em marasmo[204].

Por conseguinte, a República Mundial continuará autorizada a existir, até mesmo por força de um imperativo moral jurídico, sob a condição de acatar os vetos construtivos e vencer, em princípio, cada um dos perigos aludidos. À República Mundial cumpre deixar a cargo da democratização internacional as atividades que já está apta a realizar. Cabe-lhe, ainda, fazer valer o direito à diferença, para resistir ao nivelamento de todas as peculiaridades. Ela deverá evitar a desgovernabilidade, mas também a sua supercompensação, bem como uma burocratização demasiadamente elevada ou até mesmo a presença de um Estado controlador, um Leviatã global. Além disso, ela deverá garantir os direitos humanos e a cidadania, e deixar espaço para competitividade[205].

5.4 GLOBALIZAÇÃO, DIREITOS HUMANOS E DIÁLOGO INTERCULTURAL

A globalização não pode ser um fenômeno revolucionário da sociedade contemporânea, mas é, em especial, desafiadora nas formas tradicionais de produzir uma identidade, esta sempre vinculada à cultura e sempre marcada pela diferença. Um novo padrão cultural, no entanto, não suprime os modelos culturais locais ou particulares, mas remodela suas formas de estar no mundo, adaptando-as ao tempo da globalização.

---

[204] HOFFE, Otfried. **A democracia no mundo de hoje**. Trad. Títo Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.23-24.

[205] HOFFE, Otfried. **A democracia no mundo de hoje**. Trad. Títo Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.24.

A mundialização da cultura representa uma reação aos efeitos irradiadores da globalização, uma vez que, ao contrário desta, sustenta-se em um paradigma flexível que evita a homogeneidade e a assimilação, bem como permite articular uma reação racional pela valorização de um modelo cultural que se contrapõe de forma fática às ligações enraizadas do mercado global. A identificação dos espaços culturais como locais privilegiados e como exclusivo caracterizador de uma dada cultura está cada vez mais fragilizada pelo processo de desterritorialização produzido pela diluição das fronteiras[206].

A sociabilidade contemporânea vinculada à globalização produz contradições em todas as esferas sociais. Não é somente a economia que apresenta sua face globalizadora. Vislumbra-se, também, uma globalização das biografias[207]. Percebe-se, assim, um processo de conexão entre culturas, pessoas e locais que tem modificado o cotidiano dos indivíduos.

O efeito da globalização sobre a identidade cultural não é unívoco. Global e local não se excluem, mas se interligam numa relação dialética na transformação de identidades. De um lado, as identidades nacionais são enfraquecidas pela convivência com interesses de natureza global e, por outro lado, veem reforçada sua tarefa simbólica de produzir pertença, resultado de uma reação às indeterminações e aos esvaziamentos provocados pela globalização.

Do mesmo modo, em vez de as diferenças desaparecerem no meio da homogeneidade cultural perpetrada pela globalização, que influencia a um só tempo

---

206 ORTIZ, Renato. **Mundialização e cultura**. São Paulo: Brasiliense, 2000. p.34.

207 BECK, Ulrich. **O que é globalização? Equívocos do globalismo, respostas à globalização**. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

todas as realidades particularidades do planeta, novas fórmulas identitárias passam a conviver com as identidades nacionais em declínio, ou até mesmo assumem o seu lugar. Dessa forma, local e global se interligam, fazendo com que novas identidades surjam, outras se fortaleçam, algumas enfraqueçam e outras encontrem seu ponto de equilíbrio.

Numa sociedade multicultural, a universalidade dos direitos humanos será sempre analisada pelas inúmeras diferenças que constituem a humanidade presente em todas as experiências históricas. A universalidade preocupa-se em atender ao que é comum aos indivíduos como tal, no entanto, a singularidade de cada cultura reivindicará, face a desigualdades, aquilo que constitui parte do homem representada em sua particularidade.

É pacífico que numa sociedade que possui uma diversidade significativa de culturas distintas produzirá um número elevado de representações, imagens e discursos que simbolizam as posições e os limites de ideais entre si. Assim, é normal que, ao postularem igual proteção para as suas diferenças, as culturas divirjam umas das outras e queiram um tratamento específico e reconhecimento especial para a sua classe representacional.

Acontece que as culturas não compartilham de uma historicidade única e, em função disso, escolhem novos e diferentes valores aos pretendidos direitos humanos. Demonstram visões de mundos diferentes e dirigem a individualidade de cada sujeito de modo bastante distinto do que fazem e aceitam outras culturas. Dessa forma, para que a universalidade dos direitos humanos não seja homogeneizada e, ao mesmo tempo, supere o relativismo absoluto sem cair na armadilha de negar a riqueza da diversidade, precisa identificar as peculiaridades de cada cultura e distingui-las daquilo que pode ser tomado como universal, para que possa, dessa maneira, chegar aos direitos humanos em

sua real conformação, aos direitos humanos como reciprocidade a ser reconhecida independentemente da cultura, mas decorrente da própria condição do homem como um fim em si mesmo; podendo, dessa forma, defender sua universalidade em termos interculturais[208].

Observa-se em Otfried Hoffe[209], "a defesa de uma universalidade moderada, que rejeita a universalidade uniforme ao reconhecer uma espécie de generalidade limitada pelas condições que permitem o não-desaparecimento do particular. Esse procedimento se desenvolve pela formalização bastante aberta dos direitos, que não impede que diferentes condições de vida e de projetos sociais se realizam".

Não se pode confundir a universalidade dos direitos humanos com a uniformidade de uma cultura única e universal, análise própria que ocasionalmente ocorreu[210]. Seria equivocado imaginar que se possam reduzir os direitos humanos à experiência cultural e política do Ocidente, à sua história, e, em função disso, negar o seu fundamento intercultural. Se as condições modernas ocidentais auxiliaram na formação da ideia da universalização dos direitos humanos, isso de forma alguma minimiza ou retira a importância de experiências culturais passadas e das realidades contemporâneas no que se refere à defesa e ao cultivo dos direitos humanos[211].

---

208 HOFFE, Otfried. **Derecho Intercultural**. Traducción de Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa, 2000. P.138.

209 Idem, ibidem.

210 BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos Direitos Humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2007. p. 207.

211 HOFFE, Otfried. **Derecho Intercultural**. Traducción de Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa, 2000. P.143.

Refutando as tradicionais críticas referentes à universalidade dos direitos humanos, afirma Amartya Sen[212], "na verdade, é possível afirmar que há mais inter-relações e mais influências culturais mútuas no mundo do que normalmente reconhecem aqueles que se alarmam com a perspectiva de uma subversão cultural. Os que receiam pelas culturas diferentes frequentemente veem nelas grande fragilidade e tendem a subestimar nosso poder de aprender coisas de outros lugares sem sermos assoberbados pela experiência".

A grande celeuma, sobretudo, se instala quando a cultura adquire um patamar localizado, inclusive, acima dos direitos humanos, quando potencializa e protege as características da coletividade mesmo quando isso implica desrespeito à dignidade de alguns de seus integrantes. Os direitos humanos como tal cobram um respeito recíproco entre as culturas, as quais não poderão negociar a validade e a abrangência de ditos direitos em favor de interesses comunitários. Da mesma forma, o Estado não pode negar ao seu cidadão os direitos humanos, também as razões de ordem cultural, religiosa e ética não poderão se sobrepor aos direitos que são devidos ao homem em função de sua humanidade.

É necessário o reconhecimento e a aceitação das diferenças culturais que traduzem formas particulares de se produzir uma dignidade mundial. Dessa forma, a diversidade se constitui como fonte de inventividade e de renovadas riquezas autênticas merecedoras de proteção. A celeuma, contudo, reside em práticas culturais que impõem um comportamento inadequado para parte de pessoas dessa mesma cultura, ocasionando, assim, uma espécie de poder e de autoridade hierárquica. Inclusive, a Declaração Universal da Unesco sobre a diversidade cultural busca limitar as

---

[212] SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 278.

experiências de diversidade quando reza que "ninguém pode invocar a diversidade cultural para fragilizar os direitos humanos garantidos pelo direito internacional, nem limitar seu alcance"[213].

Não trata-se de uma universalização uniformizadora, mas sim de uma universalidade moderada, que poderá servir como uma espécie de mediação entre as diferenças e, também, servir de ponto de partida ético para uma cultura de tolerância e de emancipação que reconheça as identidades sem apagar e negar aquilo que é reclamado pela condição humana universal, por todos os povos e culturas.

A universalidade dos direitos humanos precisa ser substituída por um fundamento universalista, sob pena de operar apenas em um localismo globalizado e viabilizar uma forma de globalização hegemônica. Para que se possa construir um construir um projeto cosmopolita para os direitos humanos é preciso que a oposição entre o relativismo e universalismo cultural seja substituído por um diálogo intercultural. Inúmeras culturas possuem concepções de dignidade humana, mas nem todas elas a concebem em termos de direitos humanos. Além disso, nenhuma cultura apresenta uma resposta completa e acabada sobre a concepção de dignidade humana, para que o diálogo intercultural poderá auxiliar na percepção de tais precariedades[214].

O diálogo entre as culturas permite a formação de novos horizontes e predispõe o homem a olhar e escutar os outros, alterando suas concepções sobre o mundo, o que é

---

[213] De igual forma, o art. 27 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos estabelece que "nos Estados em que existam minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, não se negará às pessoas que pertençam as ditas minorias o direito que lhes corresponde, em comum com os demais membros do seu grupo, a ter sua própria vida cultural, a professar e praticar sua própria religião e empregar seu próprio idioma".

[214] SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural dos direitos humanos. In: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 147.

condição indispensável para a coexistência pacífica. Isso, contudo, não impede que sejam mantidos os vínculos com a própria cultura, com sua tradição e seus valores. Da mesma forma que as pessoas no passado se adaptaram às circunstâncias do mundo que os rodeava, deve-se, também, iniciar uma abertura às culturas atuais. Assim, um intercâmbio mais ativo permitirá um encontro às novas soluções para as nossas diferenças culturais[215].

Num diálogo entre culturas, não se pode de observar que cada uma delas e que cada tradição têm sua relevância histórica no que se refere aos direitos humanos. Contudo, é preciso um estabelecimento de bases ideais do diálogo, que as culturas interpelem-se mutuamente e realizem uma autocrítica de sua participação no processo de promoção dos direitos humanos. Nessa miscelânea de diferenças culturais, o diálogo intercultural deve proteger e respeitar um padrão mínimo de moralidade jurídica que a sociedade contemporânea já conquistou e que já está presente nos direitos humanos como exigência recíproca entre os homens[216].

Nessa seara, portanto, defender um diálogo intercultural sem que as culturas e os países se revisem, que façam uma crítica interna de sua importância na promoção dos direitos humanos, é a mesma coisa de deixar tudo da forma como está. No entanto, retirar o direito de o homem pertencer a uma comunidade é o mesmo que expulsa-lo da

---

[215] MONTIEL, Edgar. A nova ordem simbólica: a diversidade cultural na era da globalização. In: SIDEKUM, Antônio. (Org.). **Alteridade e multiculturalismo**. Ijuí: Unijuí, 2003. p. 43.

[216] HOFFE, Otfried. **Derecho Intercultural**. Traducción de Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa, 2000. P.147.

humanidade, é torna-lo um igual sem sentido, um homem sem individualidade. Segundo Hannah Arendt[217] seria,

> O paradoxo da perda dos direitos humanos é que essa perda coincide com o instante em que a pessoa se torna um ser humano em geral – sem uma profissão, sem cidadania, sem uma opinião, sem uma ação pela qual se identifique e se especifique – e diferente em geral, representando nada além de sua individualidade absoluta e singular, que, privada da expressão e da ação sobre um mundo comum, perde todo o seu significado.

A capacidade de as culturas responderem sozinhas a seus problemas sociais é cada vez mais precária no contexto de uma sociedade global, uma vez que as demandas e os problemas de um país, de uma cultura, em muitas das vezes, não se limitam geograficamente ao seu território e às estratégias internas de suas políticas. Consciente de que a globalização impõe novas formas internas e externas de construir a sociabilidade, é importante que as diferenças e as identidades que produzem esse universo de aproximações e afastamentos, sejam tratadas pelas vias dos direitos humanos, capaz de garantir um diálogo intercultural que aproxime as diferentes entidades num espécie de reciprocidade de convivência.

Numa sociedade em que as diferenças são cada vez mais claras e desafiadoras do consenso, não seria salutar que as portas de cada cultura se fechem e impeçam olhares de fora para dentro e de dentro para fora. A tarefa dos direitos humanos é permitir que todos os homens, em igualdade de condições, acessem o mundo com liberdade e dignidade, independentemente dos vínculos que possuam. Dessa forma, faz-se necessária a promoção de um diálogo intercultural que fortifique as demandas comuns do homem e as instituições democráticas para resolvê-las, facultando uma conversação na qual todos os interessados possam em igualdade de condições, manifestar as suas

---

[217] ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 335-336.

preocupações e diferenças, na procura de respostas para os problemas que são interculturais.

É necessário, também, que se procurar evitar, mediante procedimentos teóricos obtusos, a extensão da ideia de direitos humanos como simples arcabouço de sustentação de um ocidentalismo neocolonialista, patrocinado por ONGs, setores organizados, empresários, agentes humanitários, organizações internacionais, a ser sub-repticiamente implantado aos poucos sobre os orientais, a pretexto de praticar-se liberdade e democracia. Aqui não haveria globalização e nem cosmopolitismo, muito menos defesa de direitos humanos, mas sim exploração, imperialismo e denominação[218].

Dessa forma, os direitos humanos não podem provocar o choque de civilizações, caso contrário estarão servindo para a opressão cultural. No entanto, as concepções tradicionais de direito humanos albergam em si concepções caracteristicamente liberais, quais sejam: universalidade do indivíduo, certa forma de organização do Estado, dignidade absoluta, superioridade da natureza humana. Com este sentido, os direitos humanos serão somente a bandeira de conquista do Oriente pelo Ocidente, do Sul pelo Norte. Assim, para que a afirmação dos direitos humanos no plano internacional realmente corresponda a um projeto cosmopolita, é necessário o respeito de certas premissas.

---

[218] BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009. p. 349-350.

6. UMA ABORDAGEM ACERCA DO CONSTITUCIONALISMO INTERNACIONAL

6.1. INTRODUÇÃO AO CONSTITUCIONALISMO

Ao analisar o constitucionalismo, é preciso diferenciá-lo da teoria da constituição, uma vez que são objetos distintos, contudo, muitos acabam confundindo. Segundo Ivo Dantas[219],

> Ao tratarmos de constitucionalismo e de teoria da constituição, tratamos de dois objetos distintos, apesar de sua estreita ligação. Não poderia ser diferente, já que ambos se referem ao mesmo fenômeno, a constituição, porém, em perspectivas diversas. Enquanto o constitucionalismo se refere ao direito constitucional como processo (promulgação e implementação da constituição, mudanças ou rupturas político-constitucionais, estruturação do Estado, etc.), a teoria da constituição trabalha com o direito constitucional como conhecimento (a análise científica e o estudo da constituição como "algo objetivo, simples realidade sobre a qual recairá a análise científica que, tanto quanto possível, deve ser neutra e desinteressada".

Pode-se conceituar o fenômeno do constitucionalismo como uma técnica de limitação do governo, igual a tantas outras existentes, tais como Estado de Direito e *rule of Law*, com a finalidade de resguardar aos cidadãos o exercício de seus direitos em face de pretensos governos arbitrários, mas que se diferencia das demais técnicas, na medida em que se insere em sua alçada de controle, igualmente a figura da lei enquanto produto do legislativo[220].

Afirma Dalmo de Abreu Dallari[221],

---

219 DANTAS, Ivo. **Instituições de Direito Constitucional Brasileiro**, vol.I. Curitiba: Juruá, 1999. p. 37.

220 AVELINO, Pedro Buck. **Constitucionalismo: Definição e origem**. São Paulo. 2007. p.23

221 DALLARI. Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos: Da idade média ao século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.149.

> Nenhum estudo das sociedades modernas, de sua organização e de seu funcionamento será completo se ignorar o constitucionalismo e sua influência, seja do ponto de vista sociológico, político, econômico ou jurídico. Com efeito, desde o século XVII a Constituição aparece, com frequência, como tema de interesse social e político na Inglaterra, onde se registram debates sobre a necessidade de respeitar a Constituição tradicional. Na realidade, porém, as raízes mais profundas do Constitucionalismo podem ser realizadas na Idade Média, mais precisamente na Inglaterra medieval, havendo registro de discussões provocadas pela dúvida quanto à conformidade de certas decisões políticas "com a antiga constituição", deixando entrever a existência de regras consideradas constitucionais e a exigência de que elas fossem respeitadas.

Segundo André Ramos Tavares[222], é possível identificar quatro significados para a expressão constitucionalismo. O primeiro seria de um movimento político-social com origens históricas bastante remotas que pretende, em especial, limitar o poder arbitrário. O segundo faria alusão a uma certa imposição para que haja cartas constitucionais escritas. O terceiro indicaria propósitos latentes e atuais da função e posição das constituições nas diversas sociedades. E, finalmente, numa vertente mais restrita, é reduzido à evolução histórico-constitucional de um determinado Estado.

Observa-se, também, ao analisar esses conceitos de constitucionalismo, que o constitucionalismo apresenta-se como movimento que, embora de grande alcance jurídico, apresenta traços sociológicos inegáveis. O aspecto jurídico revela-se pela pregação de um sistema dotado de um corpo normativo máximo, que se encontra acima dos próprios governantes, a Constituição. O aspecto sociológico está na movimentação social que confere a base de sustentação dessa limitação do poder, impedindo que os

---

[222] TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva: 2010. p.23.

governantes passem a fazer valer seus próprios interesses e regras na condução do Estado.

As primeiras notícias referentes a um constitucionalismo datam de aproximadamente 2100 a.C., com o Código de Ur-Nammu, editado por esse soberano assírio com objetivo de instituir penas pecuniárias para punir delitos, em substituição às radicais punições previstas na Lei de Talião. O mais conhecido conjunto de leis da Antiguidade, na busca de encontrar formas para a organizar o Estado, é o Código de Hamurabi, rei da Mesopotâmia. Contudo, esses códigos continham algo que com um pouco de esforço podia ser conceituado como direitos humanos[223].

Continuando essa linha inicial do histórico do constitucionalismo, pode-se observar que embora tímido, enquanto movimento de limitação do poder é salutar registrar que os hebreus, ainda em estado teocrático, criaram limites ao poder político por meio da chamada Lei do Senhor. Cabe o registro da forma rudimentar, também, da primeira aparição do constitucionalismo[224].

No século V a.C. os gregos e suas Cidades-estados delimitam em seus núcleos políticos o primeiro caso real de democracia constitucional, em que havia clara limitação de poder através da democracia direta. Entretanto, essa fase prematura do constitucionalismo foi interrompida para dar lugar a regimes despóticos que não atendiam a qualquer diploma legal[225].

---

[223] CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos: Processo histórico, Evolução no mundo, Direitos fundamentais e Constitucionalismo contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.23-24.

[224] TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva: 2010. p.26-27.

[225] Idem, ibidem.

Durante vários séculos da Idade Média houve a predominância dos Estados Absolutistas e sem limitação de poder. Entretanto, foi ainda durante a Idade Média, que ressurgiu o constitucionalismo enquanto movimento de limitação do poder e garantia de liberdades, a exemplo da Magna Carta, que constitui em 1215 um esboço de lei fundamental, uma fase do tipo pré-constitucionalismo. Teor da Magna Carta que influenciaria, séculos mais tarde, a *Bill of Rights* norte-americana e a Declaração de Direitos Humanos[226].

Em 1215, os barões e prelados ingleses impuseram ao Rei João Sem Terra a assinatura da Carta Magna, que alguns teóricos sustentam ser a primeira expressão moderna de uma Constituição, pois, embora não fosse uma completa "carta de direitos", abrangendo todos os direitos do povo, ela estabelecia regras fundamentais para a organização e o exercício do poder político, que é um dos aspectos mais importantes da convivência humana e que depois seria reconhecido como um dos pontos básicos da Constituição[227].

A preocupação com o respeito às regras básicas de sobrevivência, que será frequentemente manifestada na história política da Inglaterra, chegou às colônias inglesas da América do Norte, onde, associada à influência dos filósofos políticos, sobretudo ingleses e franceses, como Locke e Montesquieu e também Rousseau, ganhou excepcional importância na segunda metade do século XVIII[228].

---

[226] CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos: Processo histórico, Evolução no mundo, Direitos fundamentais e Constitucionalismo contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.23-24.

[227] DALLARI. Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos: Da idade média ao século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.149.

[228] Idem, ibidem.

Assim sendo, as condições eram propícias à criação de uma Constituição que embora respeitasse valores e crenças comuns à maioria, fosse racionalmente definida, considerando as circunstâncias naturais, sociais e políticas que tornavam necessária, mais do que nas sociedades tradicionais, a clareza na afirmação dos direitos, assim como o estabelecimento de mecanismos institucionais que dessem proteção a esses direitos. Foi então que nasceu a Constituição escrita, que teve papel decisivo na consolidação da independência das antigas colônias e na implantação de novos padrões da organização política[229].

Segundo André Ramos Tavares[230],

> O instrumento idealizado para a realização das modernas concepções do constitucionalismo foi traduzido na consubstanciação escritas das normas constitucionais. Com a consagração de textos escritos, adota-se um modelo que obviamente, caracteriza-se: a) pela publicidade, permitindo o amplo conhecimento da estrutura do poder e garantia de direitos; b) pela clareza, por ser um documento unificado, que afasta as incertezas e dúvidas sobre os direitos e os limites de poder; c) pela segurança, justamente por proporcionar a clareza necessária à compreensão do poder.

O constitucionalismo seria, num dado momento, produto do arcabouço ideológico liberal. O liberalismo enquanto ideologia traz na sua essência um culturalismo libertário muito consistente, pois a ideia fundamental é a liberdade do indivíduo frente ao Estado. Ele traz consigo outros postulados da cultura iluminista como o a democracia, calcada na idéia de soberania popular[231].

---

229 DALLARI. Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos: Da idade média ao século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.151.

230 TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva: 2010. p.27-28.

231 GALINDO, Bruno. **Teoria Intercultural da Constituição**: A transformação paradigmática da Teoria da Constituição diante da integração interestadual na União Européia e Mercosul. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 45.

Segundo Marcelo Neves[232],

> O conceito de Constituição em sentido moderno relaciona-se originalmente com o constitucionalismo como experiência histórica associada aos movimentos revolucionários dos fins do século XVIII. O constitucionalismo apresenta-se inicialmente como semântica político-jurídica que reflete a pressão estrutural por diferenciação entre política e direito no âmbito da emergente sociedade multicêntrica da modernidade. Mas a semântica constitucionalista reagiu construtivamente no plano das estruturas, servindo como "ideologia" revolucionária para o surgimento das Constituições como pressupostos possibilitadores e asseguradores da diferença entre sistemas político e jurídico.

Continua Dieter Grimm[233],

> Embora a semântica constitucionalista tenha surgido no centro da emergente sociedade burguesa, sobretudo na Inglaterra e na França, a afirmação de Constituição no nível estrutural apresentou-se primeiramente "em 1776, na periferia do mundo ocidental de então, na América do Norte", só se configurando "treze anos mais tarde, em 1789, na Europa". Como já foi observado acima, na Inglaterra o processo de constitucionalização teve um caráter evolutivo, não se podendo caracterizar a Revolução Gloriosa de 1688 como fundadora de um Constituição em sentido moderno, pois foi "uma revolução para defesa da velha ordem, nomeadamente dos direitos do parlamento, contra as intenções transformadoras da coroa". Isso se associa com o fato de que a conversão prática da semântica constitucionalista em estruturas constitucionais pressupôs a ocorrência de revolução no sentido de rupturas com a velha ordem do poder.

Percebe-se uma fase do constitucionalismo que substitui o até então Estado absolutista autoritário por um Estado regulado pelo Direito. Agora, a constituição passa a garantir direitos de liberdade e propriedade, a economia livre de mercado e a igualdade dos cidadãos perante a lei, tudo administrado e mantido por poderes rigorosamente separados. É uma constituição essencialmente garantista.

---

232 NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p.53.

233 GRIMM, Dieter. **A Constituição do Processo de desestatização** (Die Verfassung im Prozess der Entstaatlichung). In: Michael Brenner, Peter M. Huber e Markus Möstl (orgs.). **Der Staat des Grundgesetes** – Kontinuität und Wandel: Festchrift für Peter Badura zun siebzigen Gerburtstag. Tünbingen: Mohr Siebeck, 2004. pp. 145-67. Apud Neves, Marcelo. Transconstitucionalismo. São Paulo: Martins Fontes, 2009. PP. 53-54.

Ressalta Bruno Galindo[234] que,

> Apesar de garantias, a livre iniciativa e as liberdades políticas, só quem as exerce são os que detêm meios e recursos para tal, ou seja, apenas a classe burguesa que se torna classe hegemônica no lugar na nobreza. [...] As condições sociais das classes menos favorecidas, sobretudo dos trabalhadores assalariados, são muito deficitárias, não adiantando as garantias legais de liberdade e de igualdade, se na realidade o trabalhador é obrigado a vender sua força de trabalho a quantias pecuniárias desproporcionalmente baixas, já que não é detentor de capital para exercer a apregoada liberdade de iniciativa, restando a ele submeter-se a salários muitas vezes irrisórios e condições precárias de trabalho.

Percebe-se que o Estado deveria se abster de atuar em favor de quem quer que fosse, prevalecendo uma espécie de lei do mais forte, onde prevalecia a burguesia, em detrimento do operariado que somente possui a própria força do trabalho. Dentro desses aspectos contraditórios do Estado liberal surgiria o Estado social e, consequentemente, o constitucionalismo correspondente.

Importante observar que o maior desenvolvimento do Constitucionalismo a partir da segunda metade do século XX, com expressiva contribuição para o aumento da eficácia das normas constitucionais no mundo contemporâneo, ocorreu justamente naqueles países que, tendo vivido sob sistemas totalitários até a segunda guerra mundial, procuraram consolidar, com base numa Constituição, uma ordem social e político democrática. Tenha-se em conta, igualmente, a importância da Constituição na vida dos povos saídos ou tentando sair de uma situação de dominação colonial ou imperialista, em seus vários matizes antigos e modernos[235].

---

234 GALINDO, Bruno. **Teoria Intercultural da Constituição**: A transformação paradigmática da Teoria da Constituição diante da integração interestadual na União Européia e Mercosul. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 55-56.

235 DALLARI. Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos: Da idade média ao século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.151.

O Constitucionalismo contemporâneo identifica-se com a verdade, a solidariedade, o consenso, a continuidade, a participação, a integração e a universalização. Ainda na época de Weimar se discutia na Alemanha se as Constituições deveriam ser entendidas como um conjunto de princípios ou como sistema de força vinculante[236].

A Constituição Weimar é, para fins histórico-constitucional, o marco do constitucionalismo social, embora tanto a Constituição mexicana de 1917 como a Declaração de Direitos do Povo Trabalhador Explorado soviética de 1918 já previssem direitos sociais e econômicos e prestações positivas por parte do Estado com a finalidade de realizá-los. A constituição alemã traz em seu bojo um leque de proteção dos direitos sociais como a proteção à maternidade, à saúde, ao desenvolvimento social da família, educação pública gratuita, assistência e previdência social aos trabalhadores.

No bojo do processo amplo de transformação da forma primária de diferenciação social em determinados âmbitos espaciais da sociedade moderna, do tipo hierárquico para o funcional, a ideia de um poder político supremo acima do direito, que orientava a noção absolutista de soberania, perde o seu significado em face da pressão decorrente dos movimentos pela diferenciação do direito em relação à política.

Para a realização de direitos, o Estado não podia ser mais aquele negativo vinculado ao liberalismo. Agora o Estado passa a ser intervencionista, não sob o fundamento na vontade da autoridade onipotente, mas na necessidade de intervir na economia e na sociedade para ampliar o acesso dos cidadãos aos direitos que o liberalismo lhes negara. O grande desafio do constitucionalismo social é a conciliação

---

236 TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva: 2002. p.12-18

de ideologias opostas: por um lado o liberalismo individual, na defesa dos direitos individuais; e do outro, o socialismo coletivo enfatizando os direitos sociais[237].

Isso acaba tornando extremamente complexa a tarefa da constituição como instrumento propiciador de realização de direitos fundamentais, demandando por parte dos poderes estatais, uma postura política diferenciada, calcada em padrões constitucionais dirigentes, vinculantes e intervencionistas. De um lado é consideravelmente ampla a demanda para a realização dos direitos fundamentais, mas por outro, há o que poderíamos denominar de limites operacionais do dirigismo vinculante-intervencionista, como é o caso da reserva do possível[238].

A eclosão da segunda guerra mundial foi um hiato nessa evolução, mas pode-se dizer que, pelas brutalidades que produziu, e por ter despertado a consciência da humanidade para a necessidade do estabelecimento de normas de organização da sociedade e do governo que impossibilitassem o retorno de qualquer forma de absolutismo e de degradação da pessoa humana, deu impulso decisivo para a formação de um novo constitucionalismo, democrático e humanista[239].

A proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, feita pela Organização das Nações Unidas em 1948, estabeleceu alguns parâmetros fundamentais, a partir dos quais, e tendo em conta as circunstâncias concretas das sociedades humanas

---

[237] GALINDO, Bruno. **Teoria Intercultural da Constituição**: A transformação paradigmática da Teoria da Constituição diante da integração interestadual na União Européia e Mercosul. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 58.

[238] CANOTILHO. J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p.172-198.

[239] DALLARI. Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos: Da idade média ao século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.351.

após a segunda guerra mundial, foram definidas as características do novo constitucionalismo[240].

Mesmo diante de muitas dificuldades, muitas constituições sociais se espalham pela Europa do pós-guerra e até mesmo fora dela. São os casos das Constituições Alemã (1949), Francesa (1958), Portuguesa (1976), Espanhola (1978) e Brasileira (1988) fruto de uma nova cultura constitucional e dirigente.

Mesmo com a existência de inúmeras normas constitucionais com natureza e conteúdo social, percebe-se a insuficiência da presença das mesmas nos textos constitucionais se não há vinculação da atuação dos poderes constituídos a elas. Percebe-se, também, a necessidade de procedimentos aptos a transformá-las em realidade, salientando a força conformadora do direito constitucional. Uma constituição precisa ser vista não mais com a imagem de ordenamento meramente repressivo, mas como afirmação de novas funções do direito como constituição distributiva e promocional[241].

6.2 A FORMAÇÃO DE UMA SOCIEDADE MUNDIAL

Percebe-se, nos tempos atuais, o nascimento de uma sociedade mundial que se apresenta como uma formação social que se desprende das organizações políticas territoriais, embora estas, na forma de Estados, constituam uma das dimensões

---

240 Idem, ibidem.

241 CANOTILHO. J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p.30.

fundamentais à sua reprodução. Ela implica, em princípio, que o horizonte das comunicações ultrapassa as barreiras territoriais do Estado. Assim, com uma maior abrangência, tornam-se cada vez mais regulares e intensas a confluência de comunicações e a estabilização de expectativas além de identidades nacionais ou culturais e fronteiras político-jurídicas[242].

A sociedade mundial constitui-se como uma ligação unitária de uma pluralidade de âmbitos de comunicação em relações de concorrência e, simultaneamente, de complementaridade. Seria um tanto quanto diferente da ordem internacional, uma vez que essa diz respeito fundamentalmente às relações entre Estados. A ordem internacional seria, portanto, uma das dimensões da sociedade mundial. Também não se deve confundir o conceito da sociedade mundial com a noção de globalização. Não pelo fato da forte carga que esta possui, no âmbito de um debate ideologicamente carregado; tampouco apenas porque, quando em pretensão descritiva, refere-se, muitas vezes, a um sistema de relações entre diversas sociedades regionais e parte de um conceito de sociedade centrado no Estado Nacional[243].

A globalização, como já analisada, pode ser considerada como resultado de uma intensificação da sociedade mundial. Esta que começa a desenvolver-se a partir do século XVI e firma-se estruturalmente como surgimento de um único tempo mundial na segunda metade do século XIX, em um processo de transformação efetiva, que se torna praticamente irreversível, alcança um grau de desenvolvimento tão marcante no fim do século XX.

---

242 NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 217.

243 NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p.26-27.

A sociedade do século XVIII era definida como o mundo da segurança, uma segurança objetiva que nascia da estrutura da sociedade, na qual os códigos, captando e fixando os valores dominantes, forneciam um quadro de referência certo e seguro, com base no qual cada indivíduo sabia o que deveria esperar dos outros indivíduos e dos poderes públicos[244].

Essa mesma sociedade, em sucessivas transformações, sempre mais dividida em grupos e categorias que não possuem valores comuns, mas, ao contrário, são portadoras de interesses diversos, muitas vezes contrastantes e profundamente modificáveis, é caracterizada pela insegurança e instabilidade, não podendo, portanto, exprimir um direito igual e seguro.

Não se pode deixar de levar em consideração que o direito, também, é produto da cultura. O novo perfil do direito, na sociedade moderna, decorre das profundas mudanças culturais no mundo globalizado, caracterizado pela intensificação das relações de troca, de comunicação, de decisões e de trânsito, para além das fronteiras nacionais[245].

Numa visão atual, a cultura não pode ser compreendida como um conjunto coerente, fechado e imóvel de conteúdos dado por uma vez para valerem sempre. Trata-se de um sistema variável e aberto, em contínua transformação, na qual muitos valores e diferentes conteúdos, não coerentes e até em conflito, podem combinar-se ou fundir-se

---

[244] FARALLI, Carla. **La certezza Del diritto nell'età della decodificazione**. http://www.cirsfid.unibo.it/murst40-97/40-97/SezioneII/ParteIII/3.3/Faralli_new.doc. Acesso em 20.06.2009.

[245] HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**. Trad. Márcio Silgman-Silva. São Paulo: Littera-Mundi, 2001. p. 84.

em um complexo processo de mudança. A condição pós-moderna está fundada na aceitação da pluralidade de culturas e de discursos.

Os avanços tecnológicos e as informações circulam com impressionante velocidade, condenando-nos a superficialidade. Neste lapso temporal, o operador do direito tem de conviver com incertezas e imprevisões. A sociedade, então, passa a observar-se e descrever-se como mundial ou global. Essa situação relaciona-se com a intensificação crescente das relações sociais e das comunicações supra-regionais mundializadas, com resultados profundos na reprodução dos sistemas político-jurídicos territorialmente segmentados em forma de Estado.

Assim sendo, torna-se impossível demonstrar alguma objeção contra o conceito da sociedade mundial, uma vez que, cada vez mais, características típicas da modernidade têm de ser incorporadas ao conceito de tendências globalizantes, ou seja, a reflexão ou auto-descrição da sociedade mundial.

A globalização corta os vínculos íntimos do direito ao discurso político democraticamente legitimado do Estado Nacional. Apesar de toda a internacionalidade da política e de todo o direito internacional público, o ponto principal da política e do direito reside ainda hoje no Estado Nacional. Na via da globalização, a política foi claramente ultrapassada pelos outros sistemas sociais, não apenas perdeu o seu papel de liderança, mas regrediu nitidamente em comparação com outros âmbitos parciais da sociedade[246].

A redução da capacidade regulatória do Estado com o surgimento de novos problemas globais vincula-se com o incremento das tarefas que se apresentam ao Estado

---

[246] NEVES, Marcelo. **Transconstituicionalismo.** São Paulo: Saraiva, 2009. p. 33.

em face dos novos desafios da sociedade mundial. Apesar disso, ainda é problemática a ideia de fronteiras nítidas entre sistemas governamentais e sistemas privados ou quase públicas de atores globais. Antes, o que tem ocorrido é uma ligação de ordens estatais, internacionais, supranacionais, transnacionais e locais no âmbito de um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, a partir do qual se tem desenvolvido o constitucionalismo internacional.

Observamos uma acentuada redução da utilização de códigos e leis internas, de um lado, pela entrada em vigor da Constituição e, de outro, pelo nascimento de instituições internacionais, como a União Européia. O progresso da modernidade fez com que os códigos e leis tivessem que se adaptar à escala nacional e, por fim, a época atual exige que o direito seja pensado em escala global[247].

A globalização internacional dos problemas, a exemplo dos direitos humanos e meio ambiente, fez surgir a necessidade de formação de instituições internacionais, dotado de órgão de produção de direitos comunitários que, minimizando as constituições nacionais, podem derrogar normas internas que contrastem com o direito comunitário. Questões como a utilização da energia nuclear e o combate a grandes epidemias , a exemplo da AIDS e gripe suína, obrigam a pensar o direito em uma esfera maior, exigindo normas intersubjetivamente válidas e de alcance e responsabilidade universal. A experiência europeia é um paradigma na tentativa de criar as condições

---

[247] FARALLI, Carla. **La certezza Del diritto nell'età della decodificazione**. http://www.cirsfid.unibo.it/murst40-97/40-97/SezioneII/ParteIII/3.3/Faralli_new.doc. Acesso em 20.06.2009. p.12.

necessárias para a positivação de uma constituição a ser respeitada por todos os países integrantes da União Européia[248].

Segundo Eduardo Cambi[249],

> Alguns reflexos da globalização também são sentidos em países como o Brasil, apesar da inexistência de um direito comunitário efetivo. [...] Além disso, o processo de decisões políticas foi transferido para organizações fora do Estado, por organismos internacionais que controlam a questão das dívidas dos Estados com concessão de empréstimos, o que também diminuiu a autonomia política dos Estados para resolver os problemas internos, provocando a eclosão do protagonismo do poder judicial na garantia do controle da legalidade.

Nasce, com isso, o comprometimento dos mecanismos tradicionais de gestão pública e de metas políticas governamentais, uma vez que os Estados nacionais ficam sujeitos a políticas externas estrangeiras que acabam por definir metas, investimentos, indicadores, finalidades, quantificadores, resultados, que acabam por reduzir liberdade de elaboração de políticas públicas[250].

Esse fenômeno é latente, também, na seara constitucional. A emenda constitucional 45/2004, como já visto em capítulos anteriores da dissertação, submeteu o Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional (art. 5º, §4º, CF/88) e equiparou tratados e convenções internacionais, sobre direitos humanos, às emendas constitucionais, desde que aprovadas em cada Casa do Congresso Nacional por três quintos dos votos dos respectivos membros (art. 5º, §3º, CF/88), como já comentado em capítulos anteriores da dissertação.

---

248 CAMBI, Eduardo. **Constituição Européia: notas introdutórias**. In: Constituição, Justiça e Sociedade. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006. Vol.1. p.225-244.

249 CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.60-61.

250 BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009. p.345.

6.3. CONSTITUIÇÕES ALÉM DO ESTADO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO NO PLANO DA ORDEM INTERNACIONAL

A Constituição, a partir da segunda metade do século XX, passou a ocupar o centro do ordenamento jurídico, iniciando um novo método de compressão do Direito. A partir da Segunda Guerra Mundial, é inegável que a Constituição tomou o lugar dos Códigos, devendo os direitos infraconstitucionais ser compreendidos a partir da Lei Fundamental e sua inserção no contexto internacional.

Segundo Marcelo Neves[251],

> O alargamento do espaço constitucional se deu a partir da constitucionalização dos direitos infraconstitucionais que, por sua vez, ampliou a extensão e a intensidade da vinculação constitucional do legislador ordinário. [...] A emergência por ordens jurídicas internacionais, transnacionais e supranacionais, em formas distintas do direito internacional público clássico, é um fato incontestável que vem chamando a atenção e tornando-se cada vez mais objeto do interesse de estudos não apenas de juristas, mas também de economistas e cientistas sociais em geral.

O que se discute é a pretensão dessas novas ordens jurídicas de se afirmarem impreterivelmente, como ordens jurídicas que prescindem do Estado, seja como ordens jurídicas que prevalecem contra os Estados, pondo em cheque o próprio princípio da soberania estatal, viga mestra do direito internacional público clássico[252].

O novo cenário de um constitucionalismo somente tornou-se significativo em decorrência dos novos problemas com os quais a atual ordem internacional e as demais ordens supranacionais e transnacionais estão confrontadas cada vez mais intensamente.

---

251 NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.82-83.

252 Idem, ibidem. p. 83.

A esse respeito, podem ser elencadas as questões da política de segurança, do direito ambiental e dos direitos humanos.

Dentro dessa contextualização, a Constituição estatal é posta, inicialmente, no segundo plano, mas, em outro momento, liga-se novamente com as constituições internacionais, supranacionais e transnacionais. Isso reside na noção de dimensões que ultrapassam as fronteiras do Estado.

Na linha de pensamento das relações interconstitucionais, afirma José Joaquim Gomes Canotilho[253],

> A teoria da interconstitucionalidade enfrenta, assim, o intrincado problema da articulação entre constituições e da afirmação de poderes constituintes com fontes e legitimidades diversas. Tentar-se-á, por isso, uma compreensão da fenomenologia jurídica e política de constelações ou formações políticas compostas e complexas, a partir de uma perspectiva amiga do pluralismo de ordenamentos e de normatividades.

Segundo Jânia Maria Lopes e Sadí Flores[254],

> A internacionalização exige novas gramáticas e a compreensão de que as relações humanas têm ocorrido na circularidade passando da geometria do círculo para a da rede. Os direitos internacionalizam-se e constitucionalizam-se num movimento recíproco, o que aumenta exponencialmente a complexidade do Direito, cada vez mais polimorfo. Por um lado, o desafio à soberania estatal foi inevitável e, por outro, o sujeito foi colocado ao centro da grande cena, protagonizada pelas relações no mundo de hoje.

---

253 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **"Brancosos" e Interconstitucionalidade: Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2008. p 267.

254 LOPES, Jânia Maria; FLORES, Sadí. **O papel da jurisdição na efetivação dos direitos humanos**. In: MOURA, Lenice S. Moreira de (org). **O novo constitucionalismo na era pós-positivista**. São Paulo: Saraiva, 2009. p.148.

José Joaquim Gomes Canotilho[255], coaduna com a ideia de abertura dos Direitos Constitucionais ao âmbito internacional, onde esse constitucionalismo propõe:

> (1) Alicerçamento do sistema jurídico-político internacional não apenas no clássico paradigma das relações horizontais entre estados (paradigma hobbesiano/westfalliano, na tradição ocidental) mas no novo paradigma centrado nas relações entre Estado/povo (as populações dos próprios estados); (2) emergência de um *jus cogens* internacional materialmente informado por valores, princípios e regras universais progressivamente plasmados em declarações e documentos internacionais; (3) tendencial elevação da dignidade da pessoa humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos.

José Joaquim Gomes Canotilho aponta para a manutenção do valor e função das constituições dos Estados, como uma das ideias de interconstitucionalidade. Isso porque, essas constituições desceram do *castelo* para a *rede*, mas não perderam as funções identificadoras pelo fato de, agora, estarem em ligação umas com as outras. A *rede* formada por normas constitucionais nacionais e por normas europeias constitucionais ou de valor constitucional faz abrir as portas dos estados fechados e relativizar princípios estruturantes de estabilidade, mas não dissolve na própria rede as linhas de marca das formatações constitutivas dos estados membros[256].

Canotilho afirma que os impactos que a globalização e a *global governance* provocaram nos sistemas democráticos tradicionais, ocasionaram déficits democráticos do constitucionalismo global[257], como a dependência crescente ser participação do

---

255 CANOTILHO. José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1218.

256 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brancosos” e Interconstitucionalidade: Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2008. p.269.

257 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brancosos” e Interconstitucionalidade: Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2008. p.290.

domínio[258], o enfraquecimento do domínio político democrático[259] e a falta de controle para os titulares de decisões não estatais[260].

Canotilho, com base nos ensinamentos de G. Teubner, aponta para a construção de um constitucionalismo societário. Se o constitucionalismo centrado no Estado se revela inadequado para compreender o constitucionalismo global, algumas dimensões fundamentais de um constitucionalismo voltado para as constituições civis globais devem ser levadas em conta: a globalização policêntrica e as constituições parciais[261] e o policentrismo e o constitucionalismo[262].

Acredita-se que a influência, por parte dos Estados, de sistemas normativos que não aqueles a que estão sujeitos, como os de natureza supranacional e internacional, além da invocação da jurisprudência dessas outras dimensões normativas ocasiona uma espécie de reciprocidade e busca de ensinamento, um conhecimento alargado, um tipo de cultura que possa confiar-lhe o cuidado de rever suas posições e valores em nome dos interesses humanos.

As Constituições da Argentina, Brasil, Uruguai e Paraguai como marcos jurídicos relevantes nessa transição, no âmbito do Mercosul, consagram o primado do

---

258 Idem, p. 291.

259 Idem, p.292.

260 Idem, p.293.

261 Idem, p. 294.

262 Idem p. 295. “A teoria do constitucionalismo social global propõe que as constituições sociais globais se assumam como o que verdadeiramente devem ser: (I) Constituições parciais, declaradamente limitadas a determinados sistemas sociais (economia, ciência e cultura) e evitando qualquer pretensão de constituição mundial; (II) Constituições civis, fora da política, de forma a tornarem visíveis de autonomia – também constitucional – das constituições parciais globais; (III) Constituições “juridicizadas”, ou seja, constituições que não se limitem ao papel de “constituições materiais” mas que contenham mecanismos de produção jurídica que lhe forneçam quadros jurídicos regulatórios, e, além disso, dêem fundamento à legitimação e legitimidade de algumas de suas normas como normas superiores”.

respeito aos direitos humanos como paradigma propugnado para ordem internacional. Todos estes aspectos configuram uma espécie de constitucionalização dentro desse âmbito internacional de análise de casos.

Uma vertente paradigmática aponta para o surgimento de um constitucionalismo internacional plano global. A esse respeito, os focos são os mais diferentes e fundamentam-se em construções teóricas das mais diversas. Elas vão desde modelos de Estado mundial até a caracterização da Carta da ONU como uma espécie de Constituição da comunidade internacional[263].

Percebe-se um modelo normativo em favor da ideia de uma República mundial federal e subsidiária[264] ou para uma estatalidade mundial como nível supremo perante as demais ordens estatais. A preocupação central dirige-se à manutenção e garantia da paz, remontando à noção de um federalismo de Estados livres, mas indo além dela, na medida em que se afirma um modelo hierárquico na relação entre o estado ou a República mundial e as unidades políticas territoriais continentais ou nacionais[265].

Discute-se acerca da constitucionalização do direito internacional público, através de uma constituição para a sociedade mundial pluralista. Segundo Marcelo Neves, "Embora vá além do modelo internacional Kantiano de um federalismo de Estados livres, Habermas, ao contrário de Höffe e Lutz-Bachmann, argumenta com base nas instituições e organizações internacionais já existentes, propondo que sejam amplamente reformadas, especialmente no âmbito da ONU, para que se construa uma

---

263 NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p.85

264 HOFFE, Otfried. **A democracia no mundo de hoje**. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.313-362.

265 NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes,2009. p. 86.

política interna mundial capaz de explorar procedimentos e instituições que promovam uma cidadania mundial fundada em uma consciência da solidariedade cosmopolita compulsória[266]".

Nessa seara, argumenta-se que funções típicas do Estado atual estão sendo ou estão em condições de ser assumidas por instâncias políticas no nível da sociedade mundial. É inegável que têm sido abertas para instâncias internacionais e supranacionais funções até pouco tempo realizadas por entidades estatais territorialmente delimitadas.

Não fica, contudo, nítidos quais seriam os processos de constitucionalização no plano dessa estatalidade global. Caso seja um Estado mundial, caberia antes falar de uma Constituição global estruturada em termos análogos ou funcionalmente equivalentes à constituição do Estado. Mas, nesse caso, reduziríamos nossa perspectiva a um projeto ideal, altamente controverso também em uma perspectiva de adequação às exigências da sociedade mundial[267].

No cenário do direito internacional público, o discussão assume um outro foco, pois se trata de atribuir caráter constitucional à ordem já existente ou emergente. Desde o início ou surgimento da ONU, disseminou-se a noção de uma Constituição da comunidade internacional, seja mediante a atribuição dessa função à própria Carta das Nações Unidas, seja por considerarem-se de maneira mais abrangente as instituições do direito internacional público e da política internacional[268].

---

266 NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 86.

267 Idem, ibidem. p.88.

268 Idem, ibidem. p. 89.

Outra celeuma relaciona-se, também, com a não existência de um equivalente funcional no nível da sociedade mundial, isto é, com a ausência de uma instância que assegure o fechamento operativo do sistema político, possibilitando o apoio generalizado no contexto de uma sociedade hipercomplexa.

Ao tratar de uma ordem regional, como a construída pela Convenção Européia de Direitos Humanos e concretizada pelo respectivo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, é inegável a sua força normativa no âmbito dos Estados envolvidos, especialmente pela presença dos deveres estendidos a todos e pela aplicação do princípio geral do *jus cogens*.

A análise muda de foco, portanto, quando se indaga sobre as possibilidades de um constitucionalismo supranacional que se desenvolva em uma região do mundo. Mas, também nesse caso, é fundamental que sejam preenchidos alguns pressupostos para a formação e o desenvolvimento de uma Constituição como equivalente funcional da que caracteriza o Estado constitucional.

Na linha de Marcelo Neves[269],

> Certa simetria no nível desenvolvimento dos respectivos Estados-membros é uma condição decisiva para a construção de uma supranacionalidade, que implica normas e decisões abrangentes nas dimensões social, material e temporal ,vinculando diretamente os cidadãos e órgãos estatais . Nos casos de condições orçamentárias, níveis educacionais, sistemas de saúde , situação de trabalho e emprego etc. muito díspares, fica obstaculizada ou , no mínimo ,dificultada a incorporação normativa imediata (sem ratificação) que caracteriza uma ordem supranacional . Os esforços da União Européia para que fosse alcançado um certo nível mínimo de equilíbrio orçamentário por parte dos Estados que se candidatam ao ingresso na qualidade de membros e os correspondentes controles depois da admissão dos respectivos Estados (trata-se ,ao menos, de uma exigência formal para a admissão na zona de Euro) são indícios de que, diferentemente do caso da internacionalidade, uma

[269] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 100.

> supranacionalidade estável não suporta grandes disparidades de desenvolvimento.

Impõe-se, também, para o surgimento e a estabilidade de uma constituição supranacional no plano regional, a formação de uma esfera pública forte, isto é, relevante para os procedimentos, que possa servir à abertura do sistema político e, assim, sirva como instância de sua legitimação.

Observa-se que a constitucionalização da União Européia está amparada fundamentalmente em desenvolvimentos que se localizam no centro do sistema jurídico, constituído pelos juízes e tribunais nacionais e europeus, tendo como órgão supremo o Tribunal de Justiça das comunidades européias.

Verifica-se, recentemente, uma pluralidade de ordens jurídicas, cada uma das quais com seus próprios atos jurídicos, normas jurídicas, procedimentos jurídicos e dogmática jurídica. Disso resulta uma diferenciação no interior do sistema jurídico. Essa diferenciação entre ordens não se limita, porém, à diferenciação segmentária entre ordens jurídicas estatais com âmbitos territoriais de validade delimitados. Em outros termos, a transição entre ordens jurídicas desenvolvem-se a partir dos seus juízes e tribunais, distanciando-se, em partes, daquele aspecto de incorporação de normas internacionais no direito interno realiza-se mediante o instituto da ratificação.

Muito se discute acerca da conversação ou diálogo entre Cortes, que podem se desenvolver em vários níveis: por exemplo, entre o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias e os Tribunais dos Estados-membros; entre o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e as cortes nacionais ou o TJCE, entre cortes nacionais e assim sucessivamente. Contudo, não cabe discutir uma estrutura hierárquica entre ordens, uma

vez que a incorporação recíproca de conteúdos implica uma releitura de sentido à luz da ordem receptora[270].

Os litígios globais levariam, então, ao surgimento de uma espécie de comunidade judicial, que fornece a estrutura e as regras básicas para um diálogo global entre juízes no contexto de casos específicos, ao julgamento de juízes por juízes e à negociação judicial. A respeito desses novos fenômenos, a dimensão constitucional manifesta-se mais claramente quando estão envolvidos tribunais constitucionais no sentido amplo da expressão, ou seja, tribunais encarregados exclusiva ou principalmente de julgar questões jurídico-constitucionais[271].

O crescimento das relações transterritoriais com implicações normativas fundamentais levou à necessidade de abertura do constitucionalismo para além do Estado. Os problemas dos direitos fundamentais ou dos direitos humanos ultrapassam fronteiras, de tal maneira que o direito constitucional estatal passou a ser uma instituição limitada para enfrentar esses problemas.

O mesmo ocorreu com a organização do poder, com a questão de como combinar a limitação e o controle do poder com sua eficiência organizacional. O tratamento desses problemas deixou de ser um privilégio do direito constitucional do Estado, passando a ser enfrentado legitimamente por outras ordens jurídicas, pois eles passaram a apresentar-se como relevantes para essas[272].

O surgimento de problemas comuns a mais de uma ordem jurídica, exigindo modelos normativos diversos, não é algo novo. Aquela questão que era facilmente

---

270 NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 118.

271 Idem, ibidem. p. 119.

272 Idem, ibidem. p. 120.

resolvida conforme normas de direito ordinário interno e tratados ratificados por Estados, inclusive com a previsão de homologação de atos jurídicos praticados inicialmente à luz de outra ordem, transformou-se profundamente com a proliferação de ordens jurídicas e a emergência de casos jurídicos de outros territórios relevantes para diversas ordens jurídicas: a atenção que essas dão, simultaneamente, a danos ambientais, a violação dos direitos humanos ou fundamentais, entre outras questões, faz da emergência de casos comuns um problema cotidiano que atinge o próprio nível reflexivo e a identidade das ordens envolvidas.

6.4 O MODELO DE INVOCAÇÃO DOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS ESTRANGEIROS

Sob o ponto de vista da jurisdição internacional, a tarefa dos juízes chegou à máxima complexidade porque, invariavelmente, resolver problemas concretos implica transbordar o próprio sistema jurídico, contribuindo para a construção de um direito cuja eficácia ultrapassa as fronteiras nacionais. Dessa forma, no amplo cenário das jurisdições regional, supranacional e internacional, surgem novos modelos de juízes que buscam solucionar fenômenos inteiramente desconhecidos, muitas vezes sem qualquer orientação normativa, o que os leva a inspirarem-se nas jurisdições nacionais[273].

Observa-se entre os mais diversos tribunais de vários Estados um desenvolvimento, de maneira cada vez mais frequente uma conversação constitucional mediante referências recíprocas, as decisões de tribunais de outros Estados. Além do

---

[273] LOPES, Jânia Maria; FLORES, Sadí. **O papel da jurisdição na efetivação dos direitos humanos**. In: MOURA, Lenice S. Moreira de (org). **O novo constitucionalismo na era pós-positivista**. São Paulo: Saraiva, 2009. p.150.

fato de que as ideias constitucionais migram mediante legislação e doutrina de uma ordem jurídica para outra, a uma ligação de problemas que exigem um diálogo constitucional no nível jurisdicional, sobretudo através de desenvolvimento de tribunais constitucionais ou cortes supremas.

Nesse contexto, o fenômeno da internacionalização do direito confronta os juízes nacionais com uma realidade, na qual não se pode mais ignorar a existência de um conjunto de instâncias jurisdicionais regionais e internacionais que poderão auxiliá-los nas soluções dos conflitos. Trata-se de um fenômeno relativamente recente que provoca a permeabilidade do direito, mas que acaba por atingir também as demais jurisdições, que não só as estatais[274].

Não se trata simplesmente de constatar que as decisões tomadas no âmbito de uma ordem estatal influenciam outras ordens estatais e tem efeitos sobre outros cidadãos de outros Estados. Tampouco a questão utilizada como forma de referências recíprocas entre decisões de tribunais de Estados diversos. Mais do que isso, essa ligação entre ordens jurídicas importa que, em casos tipicamente constitucionais, as decisões de cortes constitucionais de outros Estados são invocadas em decisões de tribunal constitucional de um determinado Estado não só como forma de obtenção de precedentes, mas como elementos construtores da *ratio decidendi*[275].

Isso implica uma releitura dos fundamentos constitucionais da própria ordem que se toma como ponto de partida, transformando-se em uma nova visão constitucional. Historicamente, as referências aos textos, doutrinas e jurisprudência

---

[274] LOPES, Jânia Maria; FLORES, Sadí. O papel da jurisdição na efetivação dos direitos humanos. In: MOURA, Lenice S. Moreira de (org). **O novo constitucionalismo na era pós-positivista**. São Paulo: Saraiva, 2009. p.165.

[275] Neves,Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 177-179.

constitucional estrangeira, em grande parte, têm sido expressão de bacharelismo, tendo se apresentado nos votos retóricos dos magistrados como prova da erudição, sem nenhum vínculo de relevância argumentativa com o caso em análise. Não obstante, observa-se, particularmente na jurisprudência recente, a tendência de inclusão de referencia a textos constitucionais e precedentes jurisdicionais de Estados estrangeiros como parte não só do *obter dictum*, mas também da *ratio decidendi*[276].

No campo de atuação brasileira, mais recente, as ligações com outras ordens jurídicas vêm-se desenvolvendo sensivelmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Em decisões de imensa relevância em matéria de direitos fundamentais a invocação da jurisprudência constitucional estrangeira não se apresenta apenas nos votos singulares dos ministros, mas se expressa nas ementas de acórdãos, como parte da razão de decidir. No julgamento histórico do *Habeas Corpus* nº 82.424/RS, em 17 de novembro de 2003[277], o pleno do STF por caracterizar como crime de racismo a publicação de livro com conteúdo antissemítico (negação da existência do holocausto) e, portanto, sustentar a sua imprescritibilidade, indeferiu, por maioria, o pedido, no âmbito de uma discussão em que a invocação da jurisprudência constitucional estrangeira foi fundamental.

---

[276] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p.178-179.

[277] Decisão disponível no site oficial do Supremo Tribunal Federal: **http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarjurisprudencia.asp# (H.C. n.82.424)**. "Direito Comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem ou propaguem a segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia dos Estados Unidos que consagraram entendimento de que se aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizam a prática do racismo".

É válido analisar o julgamento da Ação Direta Inconstitucionalidade n° 3.510/DF, em 29 de maio de 2008[278], no qual se decidiu favoravelmente à utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia, rejeitando-se o pedido de declaração de inconstitucionalidade do art.5 da Lei n° 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei da Biossegurança). Nesse caso, em vários votos discutiu-se o direito de outros países. Inúmeros outros casos poderiam ser citados em que as decisões jurídicas estrangeiras invocadas, embora não façam por si só parte da razão de decidir, contribuem para a formação dos argumentos que a constituem. Nessa nova orientação, não se trata apenas de mera retórica, mas também de significativos debates no âmbito de uma conversação, interação entre decisões.

No Brasil, sinais já podem ser avistados, nas demandas protetivas do meio ambiente, da saúde, da educação, entre outros. O comportamento do STF tem sido o termômetro utilizado para medir tal fenômeno. E o trabalho de fertilização recíproca e o exercício da mentalidade alargada podem ser constatados na prática jurisdicional do STF, e tal fenômeno, ao que parece, tende a intensificar-se, especialmente em matéria de efetivação dos direitos humanos.

Essa visão de invocação e tratamento dos precedentes jurisprudenciais estrangeiros vem encontrando, mais recentemente, repercussão entre a doutrina. Nessa linha, por exemplo, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, ao versarem sobre a teoria dos direitos fundamentais, antes de analisarem casos da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, afirmam: “A comunidade jurídica brasileira tem a pretensão de atribuir verdadeiro caráter normativo à Constituição Federal, principalmente depois de

---

[278] Decisão disponível no site oficial do Supremo Tribunal Federal: **http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarjurisprudencia.asp# (ADI n.3.510/DF).** Acesso 13.01.2010.

tantas tentativas frustradas. O direito comparado desempenha, nesses contextos, o importantíssimo papel de apresentar, feitas as devidas adaptações, modelos aplicáveis ao direito constitucional brasileiro[279]".

Apesar de um apego, por parte da doutrina, a uma única experiência de jurisprudência constitucional estrangeira, a alemã, já se reflete, de certa maneira, a forte tendência do Supremo Tribunal Federal a uma linha de discurso com ordens jurídicas estrangeiras mediante as respectivas cortes constitucionais ou supremas. Mas também com outras preferências, a doutrina constitucional tem sido persistente a uma transformação nos moldes da nossa jurisdição.

Dessa forma ao enfrentar os problemas de discriminação dos homossexuais e da união estável entre pessoas do mesmo sexo, Daniel Sarmento usa como ponto de reflexão, em certa medida, o novo transconstitucionalismo jurisprudencial brasileiro, recorrendo às decisões de cortes estrangeiras, mas particularmente aos precedentes norte-americanos[280]. Enquanto na esfera do Supremo Tribunal Federal o esse novo ideal pende para um diálogo com o constitucionalismo alemão, ao plano da dogmática constitucional recente há um equilíbrio entre uma conversação com o constitucionalismo americano e o alemão, cujas influências são dominantes na experiência brasileira.

É bom, porém, que se tenha cuidado para que a inovação frequente da jurisprudência americana, alemã e de outras ordens jurídicas não constitua mais um

---

[279] DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 262.

[280] SARMENTO, Daniel. Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais. In: Daniel Sarmento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan (Coords.). **Igualdade, diferença e direitos humanos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 619-59.

episódio histórico de colonialismo no campo da cultura jurídica[281]. Com isso, sairíamos, então, da importação acrítica de modelos legislativos e doutrinários para uma incorporação inadequada de precedentes jurisprudenciais. O que mudaria seria apenas o acesso mais fácil à jurisprudência estrangeira. Necessário é, portanto, que sejam feitas às devidas adaptações, para que não caiamos na arcaica titulação de ideias fora de lugar e sem nexo, ou seja, da jurisprudência e da doutrina constitucional deslocados do seu contexto jurídico e social.

Assim, observa-se que não há apenas referências ou invocações de precedentes jurídico-constitucionais de outras ordens jurídicas, mas também a avaliação da prática dos juízes e tribunais de outros países. Assim, por exemplo, as cortes americanas consideram, por um lado, que um tribunal chileno não seria um fórum adequado em virtude da falta de independência no regime militar; que um tribunal iraniano não seria fórum adequado por suposta parcialidade contra cidadãos americanos; e que um julgamento de corte romena seria inexequível por não estar vinculado a um sistema de jurisprudência capaz de garantir uma administração imparcial da justiça[282].

O desenvolvimento de um diálogo constitucional entre ordens jurídicas estatais também dependem da emergência de negociação judicial. Como já comentado, pode fornecer a estrutura e as regras básicas para um diálogo global entre juízes no contexto de casos específicos. Evidentemente, há uma certa dificuldade para o funcionamento dessas formas de decisão, tendo em vista, entre outros aspectos, a competição e os mal-entendidos entre os magistrados e demais operadores do direito.

---

281 MONTORO, André Franco. **Filosofia do Direito e Colonialismo cultural: transplante de institutos jurídicos inadequados à realidade brasileira**. In: Revista de Informação Legislativa, ano X, n.37. Brasília: Senado Federal, 1973. pp. 3-20.

282 NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 183.

6.5 O CARÁTER PLURIDIMENSIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

O aparecimento em virtude da abertura das constituições estatais para outras esferas do jurídico, o novo ideal de constitucionalismo também vem desenvolvendo-se entre o direito supranacional e o internacional. Nesse caso, embora a formação e o desenvolvimento estrutural das ordens jurídicas ligadas em face de problemas jurídicos assentem-se em Estados como sujeitos primários, não se trata de ordens estatais.

Esse constitucionalismo desenvolve-se, nesse nível, na medida em que competências constitucionais originariamente estatais passam a pertencer a órgãos ou entidades supra-estatais e interestatais. Sobretudo na seara de determinados direitos - como é o caso dos direitos humanos protegidos internacionalmente e direitos fundamentais garantidos supranacionalmente - surgem problemas jurídicos que levam à ligação entre ordens e, portanto, exigem uma conversação constitucional.

Esse ideal de constitucionalismo, no sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, está relacionado, de maneira direta ou indireta, com problemas de direitos fundamentais ou direitos humanos.

A questão dos direitos humanos, no sentido rigoroso, deve ser compreendida hoje como ameaça à integridade do homem individual por uma multiplicidade de processos de comunicação anônimos e independentes, atualmente globalizados. As condições para o surgimento dos direitos humanos na sociedade moderna relaciona-se com a emergência de um dissenso estrutural, concernente não apenas à pluralidade de

esferas de comunicação, mas também à heterogeneidade de expectativas, interesses e valores de pessoas e grupos.

A questão dos direitos humanos, que surgiu como um problema jurídico-constitucional no âmbito dos Estados, perpassa hoje todos os tipos de ordens jurídicas no sistema jurídico mundial de níveis múltiplos: ordens estatais, internacionais, supranacionais, transnacionais e locais. Constitui uma questão central do constitucionalismo. As controvérsias sobre os direitos humanos decorrem da possibilidade de leituras diversas do conceito, da pluralidade conflituosa de interpretações/concretizações das normas e da incongruência prática dos diferentes tipos de direitos humanos[283].

Fixar os direitos humanos no espaço onde nos movimentamos (ação), na pluralidade (corporalidade) e no tempo (historia) exige uma nova metodologia que abranja esses conceitos em suas mútuas relações consigo mesmos e com os processos sociais em que se acham inseridos. Nunca deveremos entender os direitos humanos ou qualquer outro objeto de investigação de um modo isolado, mas sempre em relação ao restante dos objetos e fenômenos que se produzem em uma determinada sociedade[284].

É necessário a observação do diálogo existente entre tribunais e cortes constitucionais, que invocam precedentes jurisprudenciais não apenas de outras cortes estrangeiras, mas também de tribunais internacionais. Essa postura dialógica nos termos de admissão do constitucionalismo pluridimensional dos direitos humanos não deve ser

---

[283] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p.256.

[284] FLORES, Joaquín Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 91-93.

confundida com uma mera convergência entre direito interno, de uma lado, e direito estrangeiro e internacional, de outro.

A citação de direito estrangeiro e internacional não deve ser vista como uma prática aleatória em pedaços, sem conexão, mas sim como um modelo de agir em rede de conexão entre várias ordens jurídicas, para a solução de problemas comuns. Em se tratando do sistema jurídico brasileiro, não apenas a referência ao direito estrangeiro em matéria dos direitos humanos é marcante. Nos termos de um constitucionalismo pluridimensional, as referências às normas convencionais do direito internacional e à jurisprudência de tribunais internacionais são usuais.

Em alguns julgados, o STF apresentou indicações de sua disposição para integrar-se em um diálogo constitucional no sistema de níveis múltiplos, no qual diversas ordens jurídicas são articuladas concomitantemente para a solução de problemas constitucionais de direitos humanos. O caminho mais adequado em matéria de direitos humanos parece ser o modelo de ligação entre ordens jurídicas, de tal maneira que todas se apresentem capazes de reconstruírem-se permanentemente mediante o aprendizado com as experiências de ordens jurídicas interessadas concomitantemente na solução dos mesmos problemas jurídicos constitucionais de direitos fundamentais ou direitos humanos.

Os Direitos humanos são supranacionais, devendo ser reconhecidos independentemente da nacionalidade ou dos direitos que compõem a cidadania. A partir de convenções internacionais de direitos humanos, incorporadas as constituições nacionais, ou, simplesmente, pela adesão dos Estados a tais convenções, criou-se limites externos (ou de sujeição) aos poderes públicos, além de se lançar as bases de uma

democracia internacional ou de um constitucionalismo mundial, ainda distantes de serem alcançados, mas que possuem as bases normativas pré-estabelecidas.

Com efeito, a adesão de um numero significativo de Estados aos grandes pactos internacionais de direitos humanos se enquadra no que pode se denominar de constitucionalismo global[285]. Nesse Panorama, é indispensável o desenvolvimento de órgãos internacionais capazes de promover o controle jurisdicional da supranacionalidade dos direitos humanos. Isso impedirá que os Estados violem tais direitos ou, mais amplamente, que o processo de globalização imponha novas formas de opressão, o que faria aumentar o domínio de um pequeno numero de nações sobre o resto do mundo[286].

Ainda, a fim de se promover a democracia internacional, deve ser lembrado o valor da solidariedade internacional, com a imposição e a regulamentação de ajudas econômicas e intervenções humanitárias capazes de assegurar os direitos humanos, especialmente as populações mais pobres do planeta. Portanto, elevar uma democracia a dimensão de uma cidadania mundial, cuidando dos destinos das futuras gerações, é um dos caminhos a serem seguidos pelo direito pós-moderno.

A construção de um constitucionalismo mundial vai além da existência de instituições internacionais adequadas, pois depende de uma sociedade civil global, que esbarra nas profundas diferenças culturais (multiculturalismo) entre os povos (diferentes

---

[285] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **O tom e o dom na teoria jurídico-constitucional dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.134.

[286] CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 66.

tradições, línguas, religiões, condições e estruturas jurídicas econômicas e sociais), agravadas em um contexto econômico transnacional[287].

Não há duvida que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e dos pactos internacionais sobre Direitos civis e políticos, bem como sobre Direitos econômicos, sociais e culturais de 1966, além dos diversos tratados internacionais que o sucederam foram passos significativos para a construção da era da cidadania mundial. Porém, ainda não há instâncias de poder que possam regulamentar, globalmente, questão dos direitos humanos. A ONU também tem se revelado incapaz de reproduzir as reais necessidades da comunidade internacionais, sendo utilizada como escudo para o protecionismo, para o arbítrio e para praticas ilícitas de Estados que se apresentam, diplomática ou economicamente, superiores a própria ordem normativa internacional.

Além disso, a pré-condição de qualquer constituição ou carta de direitos fundamentais é um mínimo de homogeneidade cultural, de coesão pré-política e de identidade coletiva. O constitucionalismo mundial impõem, a adoção de um multiculturalismo progressista capaz de reconhecer as diferenças culturais e de conhecimento para se estabelecer uma globalização plural.

A constituição mundial somente terá sentido a partir da superação dos obstáculos para a construção de uma sociedade mundial, fundada no multiculturalismo emancipatório e na globalização plural, caso contrário, a mera edição de uma constituição Mundial seria apenas uma legislação simbólica, isto é, haveria uma hipertrofia do significado simbólico do texto constitucional, em detrimento da sua normatividade.

---

[287] SANTOS, Boaventura de Souza. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. São Paulo: Difel, 2003. p. 26.

Assim como os juízes internacionais se internacionalizam, porque chamados a aplicar os textos internacionais, os juízes “regionais e internacionais”, cada vez mais, são demandados para resolver casos não entre os Estados ou organismos internacionais, mais casos que envolvam indivíduos, vítimas de violação de direitos humanos, bem como autores de delitos elevados à categoria de internacionais. Essa possibilidade tornou-se factível sobre tudo depois do reconhecimento de que os indivíduos são sujeitos de direito a nível mundial.

O pano de fundo em todas essas questões consiste no aumento da intensidade dos intercâmbios entre as mais diversas jurisdições e, na sua singular expressão, no surgimento de uma “sociedade de tribunais”. Na visão de Alard e Garapon, tal situação não levaria ao surgimento de um sistema jurisdicional novo e tampouco ordenado, mas sim a um espaço “não hierárquico e policêntrico em que a ausência de hierarquia e a acefalia seriam, elas próprias, a condição de possibilidade de sua existência e de seu funcionamento[288].

Nesse sentido, o que se detecta é a abertura do direito internacional e constitucional, em função do diálogo necessário que brota do multilateralismo entre os Estados e da imposição do respeito aos direitos humanos em sentido amplo. Particularmente no que diz respeito a esses últimos, o seu fortalecimento no plano interno é uma decorrência da sua universalização, bem como é a dos princípios democráticos que servem de vetor á organização dos Estados.

Pesquisar e exercer os direitos humanos a partir das categorias de espaço/ação, pluralidade e tempo exige uma metodologia única e sobretudo relacional. Cada direito,

---

[288] LOPES, Jânia Maria; FLORES, Sadí. O papel da jurisdição na efetivação dos direitos humanos. In: MOURA, Lenice S. Moreira de (org). **O novo constitucionalismo na era pós-positivista**. São Paulo: Saraiva, 2009. p.150.

cada interpretação e cada prática social que esteja relacionada com os direitos não deve ser considerada como resultado casual ou acidental do trabalho de indivíduos ou grupos isolados, mas parte de um processo amplo de relações sociais, políticas, teóricas e produtivas. Isso não significa que toda vez que analisarmos um direito, uma interpretação ou uma ação política a ele dirigida tenhamos de conhecer todas as suas relações, tanto internas quanto externas. Isso conduziria a um efeito paralisante da análise. Em outras palavras, um processo singular somente pode ser entendido completamente nos termos do conjunto social de que faz parte. Uma concepção isolada de um fenômeno só nos conduzira a mal-entendidos e a uma redução de sua complexidade[289].

Propõe-se, dessa forma, uma prática não universalista nem multicultural, mas sim intercultural. Toda prática cultural é, em primeiro lugar, um sistema de superposições entrelaçadas, não meramente sobrepostas. Esse entrecruzamento nos conduz dos direitos que estão inseridos em seus contextos, vinculados aos espaços e às possibilidades de luta pela hegemonia e em estreita conexão com outras formas culturais, de vida, de ação, etc. Em segundo lugar, nos induz a uma prática social que não procura impor "pontos finais" ao extenso e plural conjunto de interpretações e narrações humanas. Uma prática que nos discipline na atitude de mobilidade intelectual absolutamente necessária em uma época de institucionalização, arregimentação e cooptação globais[290].

Os direitos humanos no mundo contemporâneo necessitam dessa visão complexa, dessa racionalidade de resistência e dessas práticas interculturais para superar

---

[289] FLORES, Joaquim Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 92.

[290] Idem, ibidem.

os obstáculos universalistas e particularistas que impedem sua análise comprometida há décadas. Os direitos humanos não são unicamente declarações textuais. Também não são produtos unívocos de uma cultura determinada. Os direitos humanos são os meios discursivos, expressivos e normativos que pugnam por reinserir os seres humanos no circuito de reprodução e manutenção da vida, nos permitindo abrir espaços de luta e de reinvindicação. São processos dinâmicos que permitem a abertura e a conseguinte consolidação e garantia de espaços de luta pela dignidade humana.

O único universalismo válido consiste, então, no respeito e na criação de condições sociais, econômicas e culturais que permitam e potencializem a luta pela dignidade ou, em outras palavras, na generalização do valor da liberdade, entendida esta como a "propriedade" dos que nunca contaram nas construções das hegemonias. A partir dessa caracterização, é necessário abandonar toda a abstração – seja esta universalista ou localista – e assumir o dever que nos impõe o valor da liberdade :a construção de uma ordem social justa (artigo 28 da Declaração de 1948) que permita e garanta a todas e a todos lutar por suas reinvindicações[291].

Reivindicar a interculturalidade não se restringe, por outro lado, ao necessário reconhecimento do outro. Do mesmo modo, trabalhar na criação de mediações políticas, institucionais e jurídicas que garantam os acima referidos reconhecimentos dos direitos humanos.

---

[291] Idem, p. 170.

7. CAPÍTULO CONCLUSIVO: O DESPERTAR PARA UM NOVO CAMINHO EM BUSCA DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A evolução normativa pela qual passou o Direito foi capaz de trazer para ciência jurídica contemporânea um direito universal dotado de constitucionalidade. Os relatos e fatos históricos que levaram a uma ideia de direito universal tiveram sempre conexão com violação de direitos humanos das mais diversas espécies.

Das guerras, revoluções, horrores e atrocidades cometidos em períodos distintos da história, lições puderam ser tomadas por toda sociedade mundial, espalhando-se reflexos no direito interno dos Estados, que passaram cada vez mais a consagrar normas protetivas de direitos humanos. Essas normas vão ganhando uma estrutura cada vez mais rígida, principalmente após o aparecimento dos tratados internacionais de direitos humanos, até chegarem à característica de norma normas imperativas de direito internacional e geral, aceitas e reconhecidas pela sociedade dos Estados.

Como já analisado em capítulos anteriores, a globalização é tida como um meio claro de superação histórica dos nacionalismos, que tiveram a sua fundamentação ideológica no principio da soberania. Num mundo globalizado, um nacionalismo estreito não tem mais uma exacerbada aceitação. Daí a crise do conceito de soberania. A soberania não mais suporta a sua caracterização tradicional como um poder uno, absoluto, incontrastável, indivisível e irrenunciável.

Dentro de um campo de análise, podemos observar que a soberania conviverá com a integração interestatal comunitária, devendo, portanto, os Estados-membros abrir mão de uma parcela de seus poderes soberanos, requisito incontornável para a institucionalização da comunidade, e assim sendo a soberania não seria mais absoluta e indivisível, isto é, diferente daquela soberania que persiste absoluta incontrastável e

irrenunciável onde não seria mais possível a instituição de normas comunitárias que vinculassem os Estados-membros e fornecessem o suporte jurídico para a integração. Soberania compartilhada ou repartida não mais seria soberana.

Trata-se, portanto, de uma mitigação da soberania, isto é, a soberania não é mais concebida no sentido antigo - soberania é como algo absoluto sem responsabilidade. A soberania, hoje, implica muito mais a noção de responsabilização do que de autonomia do Estado.

No que diz respeito às ordens jurídicas internacionais em sentido estrito, que envolve sobretudo atores particulares e públicos, é indiscutível que questões de direitos humanos surgem perante elas. Afirmada essa emergência dos problemas constitucionais perante ordens jurídicas as mais diversas reaparecendo a cada momento das mais diversas formas, não há mais uma forte Constituição local que possa solucionar todos os casos específicos.

Na experiência recente brasileira, a transformação do entendimento da posição hierárquica dos tratados sobre direitos humanos, ratificado sem as exigências procedimentais do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, na jurisprudência do STF, é uma demonstração clara de que a inviolabilidade da Constituição é definida dinamicamente por atos normativos subordinados a essa ordem. A jurisprudência anteriormente dominante, inclusive após a entrada em vigor da Constituição de 1988, até recentemente, era sólida no sentido de que os tratados estariam no plano hierárquico das leis ordinárias.

A mais recente jurisprudência, fixada no já citado julgamento do Recurso Extraordinário nº 46.6343/SP (junto com o *Habeas Corpus* nº 87.585/TO e o Recursos Extraordinário nº 349.703/RS), em 3 de dezembro de 2008, definiu a supralegalidade

dos tratados concernentes a direitos humanos, tendo havido um expressivo número de votos de ministros que pretendiam atribuir aos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil no nível de norma constitucional, nenhum deles tendo admitido a manutenção da jurisprudência anterior.

O Estado deixou de ser um local privilegiado de solução de problemas constitucionais. Embora fundamental e indispensável, é apenas um dos diversos locais de cooperação e concorrência na busca do tratamento desses problemas. A integração cada vez maior, dessas linhas, na sociedade mundial levou à uma espécie de desterritorialização de problemas-caso jurídico-constitucionais, que, por assim dizer, emanciparam-se do Estado.

Essas ações são essenciais para a verdadeira reinserção do Brasil, na condição de Estado Democrático de Direito, no cenário internacional de proteção dos direitos humanos. Como já abordado, a democratização implica transformações não apenas no plano interno, mas também no internacional, especialmente em um momento em que se intensifica o processo de globalização dos direitos humanos. O binômio democracia e direitos humanos se fazem necessários na experiência brasileira, tendo em vista que o projeto democrático está, de certa forma, condicionado à garantia de direitos humanos.

A inserção por parte do Brasil aos tratados internacionais de direitos humanos acena o seu aceite para com a ideia contemporânea de globalização dos direitos humanos, bem como para a ideia da legitimidade das preocupações da comunidade internacional no tocante á matéria. É de se acrescer o elevado grau de coeficiente de universalidade desses instrumentos, que contam com significativa adesão dos estados integrantes da ordem internacional.

A ligação do Direito Brasileiro a novos objetivos e valores, aliada ao acesso a um conjunto pouco conhecido de normas jurídicas, decorre a premente necessidade dos juristas de debruçarem sobre o conteúdo dos direitos humanos, tudo a permitir que um raciocínio crítico, voltado à efetiva aplicação daqueles às relações de direito interno, conjugando-as como regras legais e abrindo novas possibilidades de intervenção desses direitos sobre a realidade social.

Acena-se para o reconhecimento de que as diversas ordens jurídicas entrelaçadas na solução de uma problema-caso constitucional – de direitos humanos -, que lhes seja concomitantemente relevante. Para isso, deve-se buscar formas transversais de articulação para a solução do problema, cada uma delas observando a outra, para compreender seus próprios limites e possibilidades de contribuir para solucioná-lo. Sua identidade é reconstruída, dessa maneira, enquanto leva a sério a alteridade, a observação do outro.

A fragmentação dos problemas constitucionais permaneceria desestruturada se cada ordem jurídica pretendesse enfrentá-los isoladamente a cada caso. Impõe-se, pois, um diálogo ou uma conversação constitucional internacional. É evidente que esse constitucionalismo ainda não é capaz de levar a uma unidade constitucional do sistema jurídico mundial. Mas ele parece que tem sido a única forma eficaz de dar e estruturar respostas adequadas aos problemas constitucionais que emergem fragmentariamente no contexto da sociedade mundial hodierna.

A relação entre ordens jurídicas não resulta apenas das prestações recíprocas e interferências entre sistemas em geral, mas sobretudo de que as diversas ordens jurídicas pertencem ao mesmo sistema funcional da sociedade mundial, sistema que pretende reproduzir-se primariamente como base em um mesmo documento.

Mas essa unidade de diferença, por distinguir-se radicalmente de uma unidade hierárquica fundada em uma única norma fundamental, possibilita que os códigos e critérios jurídicos plurais proliferem em uma multiplicidade de ordens jurídicas. A aplicação e invocação do direito e dos precedentes estrangeiros pelos juízes nacionais, antes de derivar de um imperativo ou a de alguma autoridade, repousa no espaço da escolha, pois visa a atender o objetivo persuasivo. Para que isso ocorra, é preciso contar com um outro tipo de racionalidade jurídica, mais aberta, fraterna e receptiva.

A confiança nas instituições internacionais tem um enorme impacto na consideração de um tratado como hierarquicamente superior. Se a confiança for pequena, tudo irá militar contra a atribuição de tal característica ao tratado. A lógica não é somente confiar ou não confiar nas instituições internacionais. O grande desafio é complementá-las com as internas. Não é possível, hoje, visualizar um Estado autossuficiente e que prescinda de uma oxigenação internacional nas suas instituições.

Um processo de integração dos tratados internacionais ou internacionalização envolve mais que uma confiança nas instituições internacionais. Envolve um comprometimento com o Estado de Direito e com a proteção dos direitos humanos. A tolerância dos Estados vê na integração ou na internacionalização apenas um meio para alcançar vantagens econômicas.

Nada adianta se furtar às instituições sob pretexto de nelas não confiar. Qualquer modificação institucional passa, necessariamente, pelo conhecimento profundo das mesmas, o que significa interação, inserção, e jamais fuga. Nunca as instituições internacionais serão efetivas sem um movimento de engajamento por parte dos Estados. Se se tem a perspectiva de que o sistema internacional é baseado na desconfiança e na balança do poder, as instituições refletirão nada mais que isto, e a expansão do

internacionalismo, que passa pela expansão do Estado de Direito e da proteção dos direitos humanos, nunca será definitiva.

Numa sociedade descentralizada, onde o voluntarismo estatal ainda permite que os Estados ajam de modo contrário ao Direito Internacional, deve-se perceber que o Direito Constitucional, por ser mais eficaz, possui mais instrumentos para permitir que os direitos internos se abram ao fenômeno internacional como um todo. Isto, longe de significar ser mais importante o Direito Constitucional, implica a defesa da interação entre Direito Internacional e Direito Interno, utilizando-se o primeiro constantemente do segundo e favorecendo um maior fortalecimento e uma maior amplitude do Direito Constitucional Internacional.

Um Direito que pretenda ser plenamente democrático não pode olvidar do Direito Internacional, uma vez que este condiciona a própria liberdade dos indivíduos. Na verdade, a promoção de um Estado de Direito passa, hoje, necessariamente pelo Direito Internacional. Negar isso é criar falsas bases para o Direito Interno, que uma hora qualquer se identificarão com autoritarismos da pior espécie, reconhecendo a primazia de um povo sobre outro ou a hegemonia de uma potência, gerando desigualdade e fragilidade institucional.

A globalização, os avanços tecnológicos, os fatores ambientais e, principalmente, a existência de um espaço internacional de proteção aos direitos humanos, além das relações jurídicas universais deixam certa a necessidade de uma nova dogmática constitucional que torne relativa a soberania em nome da proteção dos direitos humanos.

Esse constitucionalismo internacional aponta para uma Constituição que tem fundamentos éticos, jurídicos e sociais que se encontram em todas as sociedades e em

todos os seres humanos. Evidentemente, em vista da extrema variedade de condições materiais e de características culturais, seria impossível e mesmo contraditório a definição de uma Constituição-padrão, válida para todos os tempos e para todos os lugares. O que se faz necessário é que em cada circunstância o constitucionalismo leve em conta o conjunto de peculiaridades éticas, jurídicas e sociais do povo, sem perder de vista e sem afrontar tudo o que é essencial à pessoa humana para preservação de sua dignidade.

Enquanto critério básico de auto compreensão da ordem jurídica estatal, a Constituição não deve ser posta de lado pelos intérpretes-aplicadores do ordenamento constitucional, ou melhor, por aqueles incumbidos de concretizá-lo como ordem com força normativa, especialmente pelos juízes e tribunais constitucionais. Somente assim, encontraremos um caminho que busca a efetividade dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEODATO, João Maurício (Coord.). **Princípio da Legalidade - Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito**. São Paulo: Forense, 2009.

ADEODATO, João Maurício. **A retórica Constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção.** Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boi Tempo, 2004.

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____; **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

AVELINO, Pedro Buck. **Constitucionalismo: Definição e origem**. São Paulo. 2007

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BARROS, Alberto Ribeiro. **A teoria da soberania de Jean Bodin**. São Paulo: Unimarco, 2001.

BARROSO, Luis Roberto. Palestra no seminário ***Direito e Desenvolvimento entre Brasil e EUA***, realizado pela FGV Direito Rio, no Tribunal de Justiça fluminense.

BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. **As tendências do Direito Público – no limiar de um novo milênio**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização e consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

BENDA, Ernest; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad, HEIDE, Wolfgang (Org.). **Manual de Derecho Constitucional**. Trad. Antonio López Pina. Madrid (España): Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, 2001.

BECK, Ulrich. **O que é globalização? Equívocos do globalismo, respostas à globalização**. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

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

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de

Alfredo Fait. 4. ed., Brasília: Editora UnB, 1997.

_____. **Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política**. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. 11.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2004.

_____. *Umberto Campagnolo*: aluno e crítico de Hans Kelsen. In: LOUSANO, Mário G. (org.). **Direito internacional e Estado soberano**. São Paulo: Martins Fontes.

_____. **O terceiro ausente**. Trad. Daniela Versiani. São Paulo: Manole, 2009.

BRAGATO, Fernanda Frizzo; CULLETON, Alfredo; FARJADO, Sinara Porto. **Curso de Direitos Humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

BRANDÃO, Cláudio (org.). **Princípio da Legalidade - Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito**. São Paulo: Forense, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. Senado, 2008.

BODIN, Jean. **Os seis livros da República**. Madrid: Aguilar, 1973.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Ciência Política**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. **Direito Constitucional Internacional.** São Paulo: Método, 2008.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **Manual de Derecho Constitucional**. Tecnos: Madri, 2005.

CAMBI, Eduardo. **Constituição Européia: notas introdutórias**. In: Constituição, Justiça e Sociedade. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006. Vol.1.

_____. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de. **Manual de Direito Comunitário**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

CAMPILONGO. C. F. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad. 2000.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil.** São Paulo: Universitária, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Teoria jurídico-constitucional dos direitos fundamentais. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, ano IV, n. 45.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

_____. **“Brancosos” e Interconstitucionalidade: Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

CARVALHO RAMOS, André de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos: Processo histórico, Evolução no mundo, Direitos fundamentais e Constitucionalismo contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAZETTA, Ubiratan. **Direitos Humanos e Federalismo - O Incidente de Deslocamento de Competência**. São Paulo: Atlas, 2009.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COMPARATO. Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. VI ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

CULLETON, Alfredo; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FARJADO, Sinara Porto. **Curso de Direitos Humanos**. São Leopoldo: UNISINOS, 2009.

DALLARI. Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos: Da idade média ao século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DALVI, Luciano. **Direito Constitucional: Teoria, Processo e Prática Constitucional**. São Paulo: LTr, 2009.

DANTAS, Ivo. **Instituições de Direito Constitucional Brasileiro**, vol.I. Curitiba: Juruá, 1999.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIMOULIS, Dimitri. **Discurso institucional sobre os direitos das minorias pelas organizações européias no limiar do século 21**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC. Belo Horizonte: Fórum. ano 1, n.1, jan.2007.

DOUZINAS, Costa. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

EDMUNDSON, Willian A. **Uma introdução aos Direitos**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FACHIN, Melina Girardi. **Direitos Humanos e Fundamentais – Do discurso teórico à prática efetiva**. São Paulo: Núria Fabris, 2007.

_____; **Fundamentos dos direitos humanos – Teoria e práxis na cultura da tolerância**. São Paulo: Núria Fabris, 2009.

FALK, Richard. **Soberania e Direitos Humanos**: a busca da reconciliação. Disponível em: <www://usinfo.state.gov/journals/itdhr/0500/ijdp/falk.htm>. Acesso em: 13 ago. 2009.

FARALLI, Carla. **La certezza Del diritto nell'età della decodificazione**. http://www.cirsfid.unibo.it/murst40-97/40-97/SezioneII/ParteIII/3.3/Faralli_new.doc. Acesso em 20.06.2009

FARIA, José Eduardo**. O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FLORES, Joaquim Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

FINKELSTEIN, Cláudio. **Integração Regional: O processo de formação de mercados de Bloco**. São Paulo: IOB Thompsom, 2003.

FALCONE, Marconi. **Justiça Constitucional**. São Paulo: Método, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. 3 ed. Cidade: Trotta, 2007.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERRER, Aldo. **Historia de La Globalización**. p. 395-397. In: http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/al000169.pdf

FOULCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Vozes, 2007.

FILHO, Justen. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2006.

GALINDO, Bruno. **Teoria intercultural da constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. **Estado Constitucional de Direito e a Nova Pirâmide Jurídica**. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é Democracia?**: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____ **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago (coord.). **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Sobre a legitimação pelos direitos humanos**. In: MERLE, Jean-Christophe e MOREIRA, Luiz (orgs.). **Direito e Legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003.

_____. **A constelação pós-nacional**. Trad. Márcio Silgman-Silva. São Paulo: Littera-Mundi, 2001.

HALL , Stuart. **A identidade cultural no contexto da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: DP&A Editora.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição (Die normative Kraft der Verfassung)**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

HISTÓRIA das Grandes Idéias do Mundo Ocidental. São Paulo: Abril Cultural, 1972. (Os Pensadores, v. II).

HOBBES. Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. São Paulo: Abril Cultural, 1974. (Os Pensadores, v. XIV).

HÖFFE, Otfried. **A democracia no mundo de hoje**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. Derecho Intercultural. Tradução de Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa, 2000.

JULIUS-CAMPUZANO, Afonso de. **Os desafios da globalização: modernidade, cidadania e direitos humanos**. Trad. Clovis Gorczevski. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luiz Carlos Borges. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAFER, Celso. **Comércio, Desarmamento, Direitos Humanos** – reflexões sobre uma experiência diplomática. São Paulo: Paz e Terra.

_____. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia da Letras, 2006.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?**. Trad.: Hiltomar Matins Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica – Ed. Líder, 2002.

LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentos no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LOCKE John. **Segundo Tratado sobre o governo**: Ensaio relativo à verdadeira origem extensão e objetivo do Governo Civil. São Paulo: Abril Cultural, 1973 (Os Pensadores, v. XVIII).

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de La Constitución**. Trad. De Alfredo Gallego Anabiarte. Barcelona: Ariel, 1986.

LOPES, Jânia Maria; FLORES, Sadí. **O papel da jurisdição na efetivação dos direitos humanos**. In: MOURA, Lenice S. Moreira de (org). **O novo constitucionalismo na era pós-positivista**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MANILI, Pablo Luis. **El bloque de constitucionalidad**: La recepción Del derecho internacional de los derechos humanos en El derecho constitucional argentino. Buenos Aires: La Ley, 2003.

MARTINS, Leonardo. **50 anos da Constituição Alemã**. Fundação Boiteux, 2005.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. "*O novo §3º do art.5º da Constituição e sua eficácia*". **Revista Forense**, vol.378, ano 101, Rio de Janeiro, mar./abr./2005.

MELLO, Celso Albuquerque. *O §2º do art. 5º da Constituição Federal*. In: TORRES, Ricardo Lobos (org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, J. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo II. Ed. Coimbra: Coimbra, 1993.v.2.

MONTIEL, Edgar. A nova ordem simbólica: a diversidade cultural na era da globalização. In: SIDEKUM, Antônio. (Org.). **Alteridade e multiculturalismo**. Ijuí: Unijuí, 2003.

MONTORO, André Franco. **Filosofia do Direito e Colonialismo cultural: transplante de institutos jurídicos inadequados à realidade brasileira**. In: Revista de Informação Legislativa, ano X, n.37. Brasília: Senado Federal, 1973.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo, a invasão da Constituição**. São Paulo: Método, 2008.

MOREIRA, Vital. **Elementos e problemas da dogmática dos direitos fundamentais**. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Colóquio n.10. Aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

MOURA, Lenice S. Moreira de (org). **O novo constitucionalismo na era pós-positivista**. São Paulo: Saraiva, 2009.

NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NEVES, Marcelo. **A Constituição Simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007

_____. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NINO, Carlos Santiago. **Ética y Derechos Humanos: um Ensayo de Fundamentación**, 2 ed. Buenos Aires: Astrea, 1989.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Martins Fontes: São Paulo, 2003.

_____. **Direito Internacional e Estado Soberano.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KOH, Harold Hongju; SLYE, Ronald C. **Democracia deliberativa y derechos humanos**. Cidade: Gedisa, 2004.

Oliveira, Flávia Arlanch Martins de (org.). **Globalização, Regionalização e Nacionalismo**. São Paulo: UNESP, 1999.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Ética, Direito e Democracia**. São Paulo: Paulos, 2010.

ORTIZ, Renato. **Mundialização e cultura**. São Paulo: Brasiliense, 2000.

PAUPÉRIO, Artur Machado**. O conceito polêmico de soberania**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

PEREIRA, André Gonçalves; QUADRO, Fausto de. **Manual de Direito Internacional Público**. Coimbra: Almedina, 2002.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 9 ed. Madrid: Tecnos, 2005.

_____. **Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Tecnos, 1991.

PERRY, Michael J. **O controle de constitucionalidade não-interpretativista em casos envolvendo direitos humanos. Uma justificação funcional**. Trad. Pedro Buck. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais: Belo Horizonte, ano 1, n.2, p.29 – 111, abr. – jun. 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Igualdade, Diferença e Direitos Humanos: Perspectivas Global e Regional. In: SARMENTO, Daniel; Ikawa, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Org.). **Iguadade, diferença e Direitos Humanos.** Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010.

_____. **Temas de Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RAMOS, André de Carvalho. **Direitos humanos em juízo**: comentário aos casos contenciosos e consultivos da corte interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Max Limonad, 2001.

RESEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ROCHA, José Albuquerque. **Estudos sobre Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

ROULAND, Norbert. **Nos confins do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social e outros escritos**. 15.ed. Tradução de Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, 2005.

SALDANHA, Nelson. **Formação da Teoria Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro:Renovar, 2000.

SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural dos direitos humanos. In: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre:Livraria do Advogado, 2005.

SCHENEIDER, Hans Peter. **Democracia y Constitución**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Marcelo Guimarães da Rocha e. **Direitos humanos no Brasil e no mundo**: criação de um tribunal internacional permanente. São Paulo: Editora Método, 2002.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Trad. Geraldo de Carvalho. Del Rey: Belo Horizonte, 2007.

SILVEIRA LOUREIRO, Sílvia Maria. **Tratados internacionais sobre direitos humanos na constituição**. Belo Horizonte, Del Rey, 2005.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SUNSTEIN, Cass. **A Constituição Parcial**. Trad. Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

TAVARES, André Ramos. **Tribunal e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

_____. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva: 2002.

_____. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

TEJADA, Javier Tajadura (coord.); DE MIGUEL, Josu (coord.). **Justicia Constitucional y Unión Europea. Um estudio comparado de las experiências de Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal**. Cidade: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2008.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos**: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência Política**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Direitos Fundamentais: Uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006.

VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia**. Madri: Trotta, 2005.

_____. **Principios y votos – el Tribunal Constitucional y la política**. Madrid: Trotta, 2008.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WEIS, Carlos. **Direitos Humanos Contemporâneos**. 2ed. São Paulo: Malheiros, 2010.