CAPÍTULO 4

O DIREITO CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL E A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

1 A História do Constitucionalismo e a Internacionalização dos Direitos Humanos

A história do Constitucionalismo, no entendimento de Luigi FERRAJOLI[139], é a história de um progressivo alargamento da esfera pública dos direitos. Uma história não teórica, mas social e política, sobretudo porque nenhum destes direitos caiu do alto, mas todos foram conquistados nas rupturas institucionais, ou seja, nas grandes revoluções liberais, além dos movimentos e das lutas operárias, feministas,

---

[139] FERRAJOLI, Luigi. *Diritti Fondamentali*. Disponível em: <http://www.processocriminalpslf.com.br/Ferrajoli%20Diritti_%20fondamentali._htm>. "*La storia del costituzionalismo è la storia di questo progressivo allargamento della sfera pubblica dei diritti. Una storia non teórica, ma sociale e politica, dato che nessuno di questi diritti è mai calatto dall'alto ma tutti sono stati conquistati da rotture instituzionali: le grandi rivoluzioni americana e francese, poi i moti ottocenteschi per gli statuti, infine le lotte operarie, femministe, pacifiste ed ecologiste di questo secolo. Tutte le diverse generazioni di diritti, possiamo ben dire, corrispondono ad altrettante generazioni di movimenti rivoluzionari: dalle rivoluzioni liberali contro l'assolutismo regio dei secoli scorsi, [...]. Di quela storia fa parte anche l'estensione, sai pure embrionale, del paradigma costituzionalistico al diritto internazionalle. Anche la storia delle relazioni internazionali si è infatti prodotta, con l'istituzione dell'Onu e le carte internazionali sui diritti umani, uma rottura epocale: la rottura di quell'ancien regime Internazionale nato tre secoli fa dalla pace di Westfalia, fondato sul principio della sovranitá assoluta degli Stati e giunto al suo fallimento con la tragédia delle due guerre mondiali.*" (Tradução livre)

pacifistas e dos ecologistas do século passado. Segundo o autor:

> Todas as diversas gerações de direitos correspondem a outras tantas gerações de movimentos revolucionários: das revoluções liberais contra o absolutismo que regia os séculos passados [...]. Daquela história faz parte também a extensão, ainda embrionária, do paradigma constitucionalista ao direito internacional. Também a história das relações internacionais foi criada com a instituição da ONU e das Convenções Internacionais de Direitos Humanos, uma ruptura da época: a ruptura do antigo regime internacional nascido três séculos antes, no Pacto de Westfália, fundado sobre o princípio da soberania absoluta dos Estados e junto à sua falência com a tragédia das duas guerras mundiais.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos (*International Human Rigths Law*) ensina Valerio MAZZUOLI[140], tem, como os mais remotos antecedentes históricos, os tratados de paz de Westfália, de 1648, que colocaram fim à Guerra dos Trinta Anos. Os precedentes históricos mais concretos do atual sistema internacional de

---

[140] MAZZUOLI, 2008, p. 743.

proteção desses mesmos direitos têm, como marco importante para a formação da arquitetura internacional dos direitos humanos, o Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho.

O antecedente que mais contribuiu para a sua formação foi a Organização Internacional do Trabalho (OIT), criada após a Primeira Guerra Mundial, "com o objetivo de estabelecer os critérios básicos de proteção ao trabalhador, regulando sua condição no plano internacional, tendo em vista assegurar padrões mais condizentes de dignidade e de bem-estar social".[141]

Flávia PIOVESAN[142] ressalva que, se, no século XIX, com o constitucionalismo, as Declarações de Direitos passam a ser inseridas nas Constituições dos Estados, é a partir do pós-guerra que um segundo impacto se observa. Nesse período, a necessidade de uma ação internacional mais eficaz para a proteção dos direitos humanos impulsionou o processo de internacionalização desses direitos e resultou na criação da sistemática normativa de proteção internacional, que faz possível a responsabilização do Estado no domínio

---

[141] MAZZUOLI, Op. Cit., p. 744.

[142] PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 16.

internacional, quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na tarefa de proteger os direitos humanos.

Assim, o processo de universalização e internacionalização dos direitos humanos é um movimento extremamente recente na história do direito, com delineamentos mais concretos após a Segunda Guerra Mundial. A partir de então, os acordos internacionais têm criado obrigações e responsabilidades para os Estados, com respeito às pessoas sujeitas à sua jurisdição.[143]

Segundo FERRAJOLI, depois da criação da ONU, e graças à aprovação da Carta e das Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos, é que:

> [...] estes direitos não são mais "fundamentais" somente no interior dos Estados, em cujas constituições são enunciadas, mas são direitos supra-estatais a que os Estados são vinculados e subordinados, também quanto ao direito internacional; não mais direitos de cidadania, mas direitos das pessoas independentemente de suas diversas cidadanias.[144]

---

143 PIOVESAN, Op. Cit., p. 121.

144 FERRAJOLI, Luigi. *Diritti Fondamentali*.: Site: <*http://www.processocriminalpslf.com.br/Ferrajoli%20Diritt i%20fondamentali.htm*>. "*È questa internazionalizzazione dei diritti fondamentali la terza tesi all'inizio indicata su cui ora intendo soffermarmi. Dopo la nascita dell'Onu, e grazie all'aprovazione di carte e convenzioni internazionali sui diritti umani, questi diritti non sono più 'fondamentali' solo all'interno degli*

O Direito Internacional dos Direitos Humanos institui obrigações dos Estados para com todas as pessoas humanas, e não apenas para com estrangeiros, ressalta Louis HENKIN. Para o autor:

> [...] Esse Direito reflete a aceitação geral de que todo indivíduo deve ter direitos, os quais todos os Estados devem respeitar e proteger. Logo, a observância dos direitos humanos é não apenas um assunto de interesse particular do Estado (e relacionado à jurisdição domestica), mas é matéria de interesse internacional e objeto próprio de regulação do Direito Internacional.[145]

O movimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos baseia-se, segundo Richard B. BILDER[146], na "concepção de que toda nação tem a obrigação de respeitar os direitos humanos de seus cidadãos e de que todas as nações e a comunidade internacional têm o direito e a responsabilidade de protestar, se um Estado não cumprir suas obrigações". Segundo o autor, "consiste em um sistema de normas, procedimentos e instituições

---

Stati nelle cui costituzioni sono formulati, ma sono diritti sovra-statali cui gli stati sono vincolati e subordinati anche al livello del diritto Internazionale; non più diritti di cittadinanza, ma diritti delle persone indipendentemente dalle loro diverse cittadinanze" (Tradução livre).

[145] HENKIN, Louis. *Apud* PIOVESAN, Op. Cit., p. 4-5.

[146] BILDER, Richard B. PIOVESAN, Op. Cit., p. 5-6.

internacionais desenvolvidos para implementar esta concepção e promover o respeito dos direitos humanos em todos os países, no âmbito mundial"[147].

O Direito Internacional dos Direitos Humanos distingue-se do Direito Internacional Público em geral, pois, enquanto o primeiro apresenta um caráter específico, e especial e tem como objetivo garantir o exercício dos direitos da pessoa humana; o segundo, busca tradicionalmente disciplinar relações de reciprocidade e equilíbrio entre Estados por meio de negociações e concessões recíprocas que visam ao interesse dos próprios Estados pactuantes.[148]

No plano de proteção de direitos humanos, tendo-se em vista que a primazia é da pessoa humana, o Direito Internacional e o Direito Interno interagem com prevalência das normas que melhor a protejam. Assim, os tratados internacionais de direitos humanos vêm, "aprimorar e fortalecer, nunca restringir ou debilitar o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo constitucional".[149]

O Direito Internacional dos Direitos Humanos ergue-se, portanto, no sentido de resguardar o valor da dignidade humana, concebida como fundamento dos direitos humanos.[150] Assim, o indivíduo se converte em sujeito, com capacidade de possuir e exercer direitos e obrigações de cunho internacional. As atrocidades perpetradas contra os cidadãos pelos regimes de Hitler e Stálin, afirma Paul SIEGHART, "não significaram apenas uma violência moral que chocou a consciência da humanidade[151]", mas que:

---

[147] PIOVESAN, Op. Cit., p. 5-6.
[148] *Ibidem*, p. 15-16.
[149] *Ibidem*, p. 102.
[150] *BOBBIO, Op. Cit.,* p 30
[151] SEIGHART, Paul. *Apud* PIOVESAN, Op. Cit., p. 7.

> [...] elas foram uma real ameaça à paz e à estabilidade internacional. E, assim, implicaram verdadeira revolução no direito internacional: em uma única geração, um novo código internacional foi desenvolvido, enumerando e definindo direitos humanos e liberdades fundamentais para todos os seres humanos em qualquer parte do mundo, e, a partir de então, esses direitos não mais puderam ser concebidos como generosidade dos Estados soberanos, mas passaram a ser 'inerentes' ou 'inalienáveis', e, portanto, não poderiam ser reduzidos ou negados por qualquer motivo.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos é aquele que visa a proteger todos os indivíduos, qualquer que seja sua nacionalidade[152]. Trata-se, portanto, do "direito do pós-guerra, nascido em decorrência dos horrores cometidos pelos nazistas durante a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), período marcado por inúmeras violações de direitos humanos".

Assim, a partir do surgimento das Nações Unidas e da aprovação da Declaração Universal, em 1948, o Direito Internacional dos Direitos Humanos começa a dar ensejo à produção de inúmeros tratados internacionais destinados a

---

[152]MAZZUOLI, Op. Cit., p. 745-746.

proteger os direitos básicos dos indivíduos, sendo conhecidos atualmente, inúmeros tratados e normas internacionais que dizem respeito à proteção e promoção dos direitos humanos. Todos eles com uma característica fundamental: a proteção dos direitos da pessoa humana independentemente de qualquer condição.

Para MAZZUOLI[153], basta a condição de ser *pessoa humana* para que todos possam vindicar seus direitos violados, tanto no plano interno quanto no contexto internacional.

No mesmo sentido, esclarece PIOVESAN[154], os tratados internacionais voltados à proteção dos direitos humanos, ao mesmo tempo em que afirmam a personalidade internacional do indivíduo e endossam a concepção universal dos direitos humanos, acarretam aos Estados que os ratificam, obrigações no plano internacional. Assim, se no exercício de sua soberania, aceitam as obrigações jurídicas decorrentes dos tratados de direitos humanos, os Estados passam então a se submeter à autoridade das instituições internacionais no que se refere à tutela e fiscalização desses direitos em seu território.

Sob esse prisma, a violação de direitos humanos constantes nos tratados, por significar um desrespeito às

---

[153] MAZZUOLI, Op. Cit., p. 735.
[154] PIOVESAN, Op. Cit., p. 9-10.

obrigações internacionais, é matéria de legítimo e autêntico interesse internacional, flexibilizando a noção tradicional de soberania nacional. Nesse sentido, destaque-se a afirmação do Secretário-Geral das Nações Unidas, Boutros GALI, ao final de 1992:

> Ainda que o respeito à soberania e integridade do Estado seja uma questão central, é inegável que a antiga doutrina da soberania exclusiva e absoluta não mais se aplica e que esta soberania jamais foi absoluta, como era então concebida teoricamente. Uma das maiores exigências intelectuais de nosso tempo é a de repensar a questão da soberania [...]. Enfatizar os direitos dos indivíduos e os direitos dos povos é uma dimensão da soberania universal, que reside em toda a humanidade e que permite aos povos um envolvimento legitimo em questões que afetam o mundo como um todo. É um movimento que, cada vez mais, encontra expressão na gradual expansão do Direito Internacional.[155]

2 A Carta da ONU, a Declaração Universal de 1948 e a Internacionalização dos Direitos Humanos

[155] GALI, Boultros. *Apud* PIOVESAN, Op. Cit., p. 9-10.

A Carta da ONU, de 1945, afirma MAZZUOLI[156], contribuiu enormemente para o processo de asserção dos direitos humanos, ao estabelecer nos termos do art. 1º, entre seus objetivos, a manutenção da paz e da segurança internacionais, a cooperação internacional para a solução de problemas econômicos, sociais, culturais ou de caráter humanitário, e o respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

Para PIOVESAN[157], ainda que a Carta da ONU tenha adotado linguagem vaga ou imprecisa no que se refere aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, os dispositivos pertinentes à promoção desses direitos implicaram importantes consequências.

Para Thomas BUERGENTHAL, a Carta das Nações Unidas 'internacionalizou' os direitos humanos, "ao aderir à Carta, que é um tratado multilateral, os Estados-partes reconhecem que os 'direitos humanos', a que ela faz menção,

---

[156] MAZZUOLI, Op. Cit., p. 783.
[157] PIOVESAN, Op. Cit., p. 136.

são objeto de legítima preocupação internacional e, nesta medida, não mais de sua exclusiva jurisdição doméstica"[158].

A Carta da ONU, no art. 55, ao estabelecer que os Estados-partes devem promover a proteção dos direitos humanos e as liberdades fundamentais, consolida o movimento de internacionalização dos direitos humanos, a partir do consenso de Estados que elevam a promoção desses direitos a propósito e finalidade das Nações Unidas.

No entanto, a fragilidade da Carta das Nações Unidas, relativamente à ausência de uma definição precisa sobre o que sejam *direitos humanos* e *liberdades fundamentais,* fez nascer no espírito da sociedade internacional a vontade de definir e aclarar o significado de tais expressões. Com esse propósito, a ONU empreendeu esforços no sentido de corrigir tais fragilidades, o que foi concretizado apenas três anos após a sua criação, com a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948.

A Declaração Universal "vem definir e fixar o elenco dos direitos e liberdades fundamentais a serem garantidos"[159], e representa a "manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado

---

[158] BUERGENTHAL, Thomas, *Apud* PIOVESAN, Op. Cit., p. 136.
[159] PIOVESAN, Op. Cit., p. 159-160.

e, portanto, reconhecido: e essa prova é o consenso geral acerca da sua validade".[160]

Segundo BOBBIO[161], os jusnaturalistas teriam falado de *consensus omnium gentium* ou *humani generis*. Assim, a Declaração Universal pode ser acolhida como a maior prova histórica até hoje dada do *consensus omnium gentium* sobre um determinado sistema de valores. E, afirma:

> [...] agora esse documento existe: foi aprovado por 48 Estados, em 10 de dezembro de 1948, na Assembléia Geral das Nações Unidas; e, a partir de então, foi acolhido como inspiração e orientação no processo de crescimento de toda a comunidade internacional no sentido de uma comunidade não só de Estados, mas de indivíduos livres e iguais.

Ainda que a hipótese do estado natural de LOCKE[162] tenha sido abandonada, ou seja, o estado de natureza na qual os homens são livres e iguais, as palavras com as quais se abre a Declaração Universal dos Direitos do Homem conservam um claro eco de tal hipótese.

---

[160] BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elvisier, 2004, p. 46.
[161] BOBBIO, *Op. Cit*., p. 46.
[162] LOCKE, apud BOBBIO, *Ibidem*, p. 48.

Segundo BOBBIO[163], o estado de natureza de Locke foi o grande inspirador das Declarações de Direitos do Homem, que no art. 1º diz: "todos os homens nascem iguais em liberdades e direitos". Por "igualdade" entende-se que são iguais no gozo de liberdade, no sentido de que nenhum indivíduo pode ter mais liberdade do que outro.

Tendo como fundamento a *dignidade da pessoa humana,* a Declaração Universal dos Direitos Humanos proclamada em Paris, em 10 de dezembro de 1948, pela Resolução 217 A-III, da Assembleia Geral da ONU, consagra os valores básicos universais de ordem pública mundial fundada no respeito à pessoa humana, titular de direitos iguais e inalienáveis. Nasce, assim, como um "código de conduta mundial para dizer a todo o planeta que os direitos humanos são universais, bastando a condição de *ser pessoa* para que se possa vindicar e exigir a proteção dos direitos humanos, em qualquer ocasião e em qualquer circunstância" [164].

A Declaração Universal foi o marco de criação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, "um sistema jurídico normativo de alcance internacional com o objetivo de estabelecer parâmetros protetivos mínimos afetos à proteção

---

[163]BOBBIO, *Ibidem*, p. 85.
[164]MAZZUOLI, Op. Cit., p. 786.

dos direitos humanos"[165], e representou o momento inicial da fase final de um processo, "o da conversão universal em direito positivo dos direitos do homem"[166].

Uma das características inovadoras da Declaração Universal é a "sua amplitude na proteção dos direitos da pessoa humana, na medida em que estabelece amplo rol de direitos, sem os quais um ser humano não pode desenvolver sua personalidade física, moral e intelectual".[167]

Outra inovação importante é sua universalidade, na medida em que se aplica a todas as pessoas, de todos os povos e de todas as nações, independente de sua condição de raça, sexo ou religião. Reconhece, assim, o indivíduo como sujeito de direito do Direito das Gentes.

Assim, a Declaração introduz a concepção contemporânea de direitos humanos, caracterizada pela "universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de a condição de pessoa é o requisito único para a dignidade e titularidade de direitos"[168].

---

[165] PIOVESAN, Flávia. CONTI, Irio Luiz (coord.) *Direito Humano à Alimentação Adequada*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2007, p. 26.
[166] BOBBIO, Op. Cit., p. 51.
[167] PIOVESAN, Flávia (org.) *Direitos Humanos*. vol. I. Curitiba PR: Juruá, 2006, p. 261.
[168] *Ibidem,* p. 259.

Não se podendo descurar, também, que "a Declaração Universal de 1948 estabelece a indivisibilidade dos direitos humanos, inovando no âmbito internacional, ao conjurar o catálogo dos direitos civis e políticos ao catálogo dos direitos econômicos, sociais e culturais".[169] Indivisibilidade porque "a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são".[170]

Sob um enfoque estritamente legalista, a Declaração, por si mesma, não apresenta força jurídica obrigatória e vinculante, pois, ao assumir a forma de declaração (e não de tratado), vem atestar o reconhecimento universal de direitos fundamentais, consagrando um código comum a ser seguido por todos os Estados, como acentuou ROOSEVELT, à época representante da Comissão de Direitos Humanos e representante dos Estados Unidos:

> Ao aprovar esta Declaração hoje, é de primeira importância ter a clareza das características básicas deste documento. Ele não é um tratado; ele não é um acordo internacional. Ele não é e não

---

[169] *Ibidem,* p. 261.
[170] *Ibidem,* p. 259.

> pretende ser um instrumento legal ou que contenha obrigação legal. É uma declaração de princípios básicos de Direitos Humanos e liberdades, que será selada com aprovação dos povos de todas as Nações.[171]

À luz desse raciocínio e considerando-se a ausência de força jurídica vinculante da Declaração, após a sua adoção, em 1948, instaurou-se larga discussão sobre qual seria a maneira eficaz de assegurar o reconhecimento e a observância dos direitos nela previstos. Prevalecendo, então, o entendimento de que a Declaração deveria ser "juridicizada" sob a forma de tratado internacional, que fosse juridicamente obrigatório e vinculante no âmbito do Direito Internacional.

Esse processo de "juridicização" da Declaração começou em 1949, e foi concluído, na cidade de Nova York, em 1966, com a elaboração de dois tratados internacionais distintos – o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – que passaram a incorporar os direitos constantes da Declaração Universal, e transformar seus dispositivos em previsões

---

[171] ROOSEVELT, *Apud* PIOVESAN, Op. Cit., p. 146.

juridicamente vinculantes e obrigatórias.[172] Assim, dezoito anos após a adoção da Declaração Universal de 1948, completou- se a Carta Internacional dos Direitos Humanos com os Pactos de Direitos Civis e Políticos, e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966.[173]

Dessa forma, pode-se dizer que o sistema de proteção global dos direitos humanos, o assim chamado sistema das Nações Unidas, tem por pilares de sustentação esses três instrumentos jurídicos básicos. Dos três instrumentos, a Declaração é a *pedra fundamental,* uma vez que foi o primeiro instrumento internacional a estabelecer os direitos inerentes a todos os homens e mulheres, independentemente de quaisquer condições suas, como raça, sexo, língua, religião etc. Os dois Pactos de Nova York, por seu turno, complementam a Declaração conferindo-lhe obrigatoriedade jurídica. A estrutura normativa de proteção internacional dos direitos humanos, além dos instrumentos pertencentes ao sistema de proteção global e outros instrumentos de proteção regional se encontram ratificados pelo Brasil. Assim, as demandas políticas e sociais

---

[172] PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 159-160.

[173] TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direitos Humanos e Meio Ambiente*. Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 39-40.

reivindicadas historicamente pelas lutas e movimentos populares contribuíram para a universalização e internacionalização dos direitos humanos.[174]

[174] MAZZUOLI, Op. Cit., p. 785-786.