

# Constitucionalismo; Globalização e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos

CONSTITUTIONALISM; GLOBALIZED WORLD AND THE INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS PROTECTION

Luiz Antonio Alves Gomes<sup>1</sup> e Felipe Kertesz Renault Pinto<sup>2</sup>

## RESUMO:

Trabalho voltado à análise da conceituação dos direitos humanos em um mundo globalizado e multicultural. Pesquisa iniciada pela compreensão dos direitos, das culturas e das implicações pela difusão dos meios de transporte e comunicação, inserindo conceitos tais como: globalização, hegemonia cultural, relativismo cultural e exclusão social. Ademais, analisar-se-á a evolução normativa brasileira frente ao direito internacional e sua recepção na estrutura jurídica pátria, e sua inserção na hierarquização esculpida pelo legislador originário. Ademais, a latente necessidade de buscar a aproximação do conceito de direitos humanos através do diálogo entre diferentes realidades culturais, constituindo não só o respeito, mas a maior compreensão dos bens fundamentais tutelados.

## ABSTRACT:

Work aimed at analysing the conceptualization of human rights in a globalized world and multicultural. Research initiated by the understanding of the rights, cultures and implications by dissemination of means of transport and communication by entering concepts such as: globalization, cultural hegemony, cultural relativism and social exclusion. Furthermore, will analyze the Brazilian normative evolution against international law and its impact of the legal framework and its insertion in the motherland, sculpted by legislator originating. tiering Furthermore, the latent need to seek rapprochement with the concept of human right`s through dialogue between different cultural realities, constituting not only respect, but greater understanding of fundamental assets safeguarded.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito Constitucional pela UFF; Graduado em Direito pela UERJ; Pós-graduado em Direito Privado pela UFF; MBA em Direito da Economia e da Empresa pela FGV/RJ; MBA em Previdência Complementar pela IDEAS/COPPE-UFRJ; Professor Universitário e Advogado, sócio de Antonio Vieira Advogados Associados

<sup>2</sup> Mestrando em Direito Constitucional pela UFF; Graduado em Direito pela Universidade Veiga de Almeida; Pós-graduado em Direito Fiscal pela PUC/RJ; Professor Universitário e Advogado, sócio de Renault Advogados Associados

# INTRODUÇÃO

O constitucionalismo positivado, amparado por Tribunais Constitucionais atuantes, disseminou-se pela maioria dos Países Ocidentais após a 2ª Grande Guerra, legitimando a forma democrática de Governo, disciplinando a limitação de poder e incorporando as conquistas sociais aos textos constitucionais.

O lastro doutrinário dessa ascensão do Constitucionalismo foi formulado com base no conceito até então existente de Estado Nacional Unificado e dotado de Soberania plena (interna e externa), esta conceituada por José Afonso da Silva, em seu Curso de Direito Constitucional Positivo, como: *“independência em confronto com todos os poderes exteriores à sociedade estatal (soberania externa) e supremacia sobre todos os poderes sociais interiores à mesma sociedade estatal”*.

Esta idéia de Estado Nacional Soberano Independente, que apenas se vincularia às normas de direito internacional resultantes de tratados livremente celebrados, vem sendo profundamente alterada pelo processo de Globalização cada vez mais onipresente pelo desenvolvimento, em alta escala, dos meios de transporte e, sobretudo, dos meios de comunicação que são ferramentas de aproximação entre culturas, estabelecendo laços de convivências que, em um processo de trocas lento e contínuo, tendem a retroalimentar o processo de formação dessas sociedades.

O próprio conceito de nacionalidade, apesar de ainda resistir como marca agregadora, perde espaço para interesses completamente desvinculados dos conceitos de nação e território, como se vê nos movimentos sociais promovidos pela sociedade civil, tais como os Ecologistas, os Pacifistas, os grupos de defesa das Minorias, entre muitos outros, que deixam de ocupar posição antagônica ao Estado, para se tornarem atores cada vez mais influentes nos processos decisórios democráticos, conforme bem observa André-Jean Arnaud<sup>3</sup>:

*“Ela, sociedade civil, cuja vocação de oponente do Estado a tradição nos levou a confirmar, nos é agora apresentada, pela história recente, como uma instituição colateral deste último.”*

---

<sup>3</sup> ARNAUD, André-Jean. Governar sem Fronteiras, entre globalização e pós-globalização; Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007

Não se trata aqui apenas do que Maurício Andreiuolo denomina de “supranacionalidade”<sup>4</sup>, uma variação do direito internacional, na qual os Estados soberanos abrem mão de parcela de suas soberanias, outorgando competência a um órgão, ao mesmo tempo independente e comum a todos, criado para um objetivo previamente estipulado como nos casos dos blocos econômicos e políticos e dos organismos internacionais.

Nesses novos tempos de formação de “identidades coletivas”, em que grupos de pressão se unem por objetivos em comum, porém desvinculados de obrigatória conexão com Nações, Estados ou territorialidade, a “internacionalização” deixa de ser um ato voluntário do Estado e passa a ser um elemento ativo de pressão interna, seja pelas parcerias comerciais, seja pelo sentimento popular de integração supranacional.

Uma claríssima demonstração desses novos tempos ocorreu na passagem entre 2010 e 2011, quando, em poucas semanas, uma dezena de países do Oriente Médio e do norte da África (Egito, Jordânia, Iêmen, Argélia, Mauritânia, Omã, Arábia Saudita, Bahrein, Marrocos, Sudão e Síria), inspirados no movimento que derrubou o presidente da Tunísia e unidos pelas informações compartilhadas através da rede mundial de computadores, deflagraram, quase que simultaneamente, levantes para buscar o fim de Governos sem renovação democrática pelo voto.

Os riscos desse processo global ainda se descortinarão, mas dois temores já se fazem presentes: o aumento do desequilíbrio entre as Nações, pelo poder político/econômico, e o extermínio das culturas minoritárias. O medo é justificado pelos antecedentes históricos de dominação do mais fraco pelo mais forte, como se viu nas Sociedades Pré-Colombianas (Incas, Maias e Astecas), que se transformaram em Impérios, dominando e impondo sua cultura às tribos que lhe cercavam, até a chegada do Europeu, que varreu a quase totalidade do legado cultural dessas sociedades.

O desafio que hodiernamente se faz aos homens é o de buscar soluções criativas para, de um lado promover a preservação de tradições, e de outro não tentar suprimir o - inevitável - incremento dos saberes advindos dessa nova realidade mundial.

O ramo do Direito que deve ter primazia no interesse do estudo dessas novas possibilidades é o que diz respeito à Proteção Internacional aos Direitos Humanos.

---

<sup>4</sup> RODRIGUES, Maurício Andreiuolo. O poder constituinte supranacional., SAFE, 2000, RJ

Propositalmente não se discutirá neste artigo as discussões travadas sobre a origem dos Direitos Humanos travadas entre jusnaturalistas – que veem os direitos humanos essenciais como uma força natural independente da intervenção do Estado - e positivistas – que entendem como imprescindível a positivação do Direito para que possa haver força coercitiva e, conseqüentemente, exigibilidade.

Entre as muitas tentativas de definir o que seria o conceito de “direitos humanos”, todas imprecisas, diga-se de passagem, visto que o conceito se altera ao mesmo tempo em que se alteram as sociedades, destaca-se, pela concisão e pelo brilhantismo, o dizer de Bobbio<sup>5</sup>: "direitos do homem são aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado".

Partindo dessas premissas, objetiva-se, com o presente artigo, analisar os Institutos Internacionais ligados aos Direitos Humanos, despindo-se dos conceitos introjetados por culturas hegemônicas, com especial atenção à Emergência da Sociedade Internacional, à Universalização de Direitos e à Tutela Normativa Internacional, abordando ainda os efeitos da Globalização e as barreiras para a implementação desses Direitos, sob o pano de fundo das peculiaridades culturais de cada país e individualidades de cada região.

## **Capítulo I**

### **1.1. Globalização e Hegemonia Cultural**

Diversas são as teses utilizadas ao se tentar traçar um marco histórico para definir o início do fenômeno da globalização. Alguns escritores chegam a voltar ao período da expansão ultramarina e outros, ainda mais radicais, ao movimento das cruzadas. Para o nosso estudo, irei impor o marco que me parece mais atual e interessante: a queda do muro de Berlim em 1989, como balizador do fim de uma Era bipolar na política mundial, e início de uma Era em que o capitalismo se firmou, inobstante algumas nuances distintivas, como modelo *standart* (tanto social quanto de modo de produção).

---

<sup>5</sup> BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos, Editora Campus, 1992

Decorridos alguns anos, os Países do extinto bloco comunista se tornaram importantes atores no mundo global de trocas, impulsionados pelo seu enorme mercado interno (com taxa de crescimento demográfico muitas vezes superior ao dos países europeus) e pelo baixo custo de produção, resultante da diminuta carga de benefícios trabalhistas e sociais ante o fato de estes Países não terem atravessado o *Welfare State*, período onde o Capitalismo abrandou suas regras de mercado em razão da “ameaça socialista”.

O estágio atual de interação entre os Países traz um mundo quase totalmente interconectado pela extensa troca comercial, pela internacionalização das empresas, dando azo ao fenômeno da transnacionalização, e pelos meios de comunicação; ao mesmo tempo em que se encontra perversamente dividido entre povos desenvolvidos e subdesenvolvidos, por vezes dentro do mesmo território nacional.

A grande diferença econômica entre os Países também se reflete na quantidade de cultura exportada. Os Estados Unidos, ainda a maior potência econômica e militar mundial<sup>6</sup>, através de sua indústria de entretenimento, massifica em escala global o “*american way of life*”, que alavancado pelos não tão diferentes costumes Europeus, pela repetição, acaba por se transformar no paradigma de comportamento aceitável da comunidade mundial.

No plano militar, a hegemonia é ainda maior, considerado-se o poderio Norte Americano e os acordos multilaterais firmados, em especial com os países membros da OTAN<sup>7</sup>, acrescida na última década de mais de uma dezena de países do antigo bloco comunista<sup>8</sup>. A influência da OTAN sobre a ONU, que não dispõe de uma força militar própria, reflete esse panorama hegemônico.

Essas considerações preliminares são absolutamente necessárias antes de se pensar em discutir uma “universalização” dos direitos humanos, visto que, em princípio, o Direito Internacional trata da relação entre Estados Soberanos, além de o próprio conceito de “direitos humanos” possuir uma grande carga valorativa que não prescinde de interpretação baseada em elementos culturais.

---

<sup>6</sup> Apesar dos avanços econômicos da China que, em 2010, ultrapassou o Japão como a 2ª maior economia do mundo.

<sup>7</sup> A Organização do Tratado do Atlântico Norte, até a queda do Muro de Berlim, contava com os seguintes Estados-membros: Estados Unidos, França, Reino Unido, Itália, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Espanha, Islândia, Luxemburgo, Noruega, Países Baixos, Grécia, Turquia e Alemanha Ocidental.

<sup>8</sup> A Rússia, apesar de não ser membro da OTAN tem com este um acordo, desde maio de 2002, reflexo do Ataque Terrorista aos EUA em 11 de setembro de 2001. Integraram-se a OTAN a República Checa e Polônia (1999); Bulgária, Eslováquia, Eslovênia, Estônia, Letônia, Lituânia e Romênia (2004), Albânia e Croácia (2009)

Existe, portanto, a necessidade de questionar se a multiculturalidade permite um direito comum, com feição universal, ou se essa idéia não passa de uma (bem intencionada, em tese) tentativa etnocêntrica<sup>9</sup> de imposição de princípios? Afinal, a tentativa de homogeneizar o conceito de “direitos humanos” não seria, *per se*, uma negação ao direito fundamental da liberdade (cultural)? Como se articular regras efetivas e de aplicabilidade geral em um mundo que, apesar de cada vez mais interligado, permanece tão multifacetado?

## 1.2. Os Direitos Humanos e sua classificação doutrinária

A doutrina vem se prevalecendo da divisão doutrinária dos Direitos Humanos em diferentes gerações, compreendida – com os normais dissensos terminológicos – nos moldes seguintes:

- os Direitos de **Primeira Geração** abrangem aqueles demarcados na Declaração francesa de 1789 em reação burguesa à ausência de **LIBERDADES** individuais no modelo absolutista até então vigente;
- os Direitos de **Segunda Geração** surgiram no início do século XX<sup>10</sup>, em resposta aos conflitos socioeconômicos pós-Revolução Industrial, tendo por foco o direito à **IGUALDADE** (social e material), sendo iniciados pela regulamentação das relações trabalhistas, logo seguida por outras em favor de diversas minorias hipossuficientes como idosos, menores e deficientes;
- os Direitos de **Terceira Geração**, baseados na **FRATERNIDADE**, tem por objeto a coletividade, surgida no pós-2ª Guerra, reafirmando direitos coletivos em reação aos extermínios promovidos pelos regimes totalitários e pelo início da Era nuclear: o direito à paz, o direito ao desenvolvimento, o direito ao patrimônio comum da humanidade, o direito à comunicação, o direito à autodeterminação dos povos e o direito ao meio ambiente sadio. Já se fala inclusive em **quarta Geração** de Direitos (ancorada nas inovações da informática e biociência).

---

<sup>9</sup> O etnocentrismo, muitas vezes bem intencionado, ocorre quando se enxerga o mundo pelos olhos de sua cultura, entendendo que ela é o modelo mais natural do que as demais, e se tenta impor esta cultura aos próximos, até por sentimentos nobres como solidariedade. Inobstante esta “boa intenção” alguns dos eventos mais sóbrios da humanidade (como a inquisição e guerras santas) se deram em razão do etnocentrismo.

<sup>10</sup> Pode-se atribuir o marco histórico à edição da encíclica *Rerum Novarum* pelo Papa Leão XIII em 1891 as Constituições do México 1917 e de Weimer 1919

Nota-se, entretanto, que não há diferença qualitativa ou quantitativa entre as Gerações de Direitos, mas tão somente uma classificação quanto aos diferentes momentos em que estes “Direitos” se consolidaram, sendo seus principais corolários definidos por Maria Celina Bodin de Moraes<sup>11</sup>, da seguinte forma: o Direito à Igualdade, o Direito à Liberdade, o Direito à Integridade Psicofísica e Solidariedade Social.

### 1.3. Direitos Humanos e Relativismo Cultural

Os direitos humanos, pela própria especificidade, são aqueles dotados de “**valor universal**”, transpassando o conceito de soberania e de outras barreiras que possam impedir sua aplicação *erga omnes*. Mesmo os defensores do “relativismo cultural”, que atacam os organismos internacionais por intervenções nem sempre claras, como a invasão do Iraque, lastreada em armas químicas nunca encontradas, não se opõem ao esforço internacional que venha a banir algumas das grandes mazelas da humanidade, tais como a mutilação genital<sup>12</sup> das mulheres no Norte da África e em alguns Países Asiáticos, pela retirada do clitóris e dos lábios vaginais, por mera perpetuação de costumes locais onde a ausência do clitóris implica a castidão da Esposa (pela impossibilidade de prazer sexual), tornando-lhe “mais apta” ao casamento. Importantíssimo notar que, neste caso, as mulheres são mutiladas no início da adolescência por decisão de suas próprias famílias, e não por imposição de Governos ou Leis.

Da mesma forma, não existe qualquer “relativismo cultural” que justifique o Estado atual do povo Somáli, à medida que o País se vê devastado por uma Guerra Civil que perdura há 20 anos, situação essa agravada pela maior seca em 80 anos, com metade da população vivendo em absoluto estado de fome e enfrentando epidemia de cólera, enquanto as milícias impedem a atuação da assistência internacional em razão da aversão ao ocidente.

Outro item que, apesar de legalmente extinto desde 1981<sup>13</sup>, ainda permanece em pauta é a escravidão que, ocorre tanto nos moldes tradicionais (em alguns países islâmicos) quanto no tráfico de mulheres para prostituição forçada e na redução de trabalhadores a condições análogas à de Escravos, fato que vem sendo até hoje combatido pelo Ministério do Trabalho no Brasil.

---

<sup>11</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

<sup>12</sup> A Clitoridectomia costuma ser realizada sem condições ideais de higiene com tesouras ou facas.

<sup>13</sup> Ano em que a Maurítânia, último país onde a escravatura era legal, aboliu seus escravos.

As situações acima descritas e muitas outras, como a morte por apedrejamento em praça pública servindo de pena para adultério, relativas aos Direitos à Liberdade e à Integridade Psicofísica, parecem absolutamente distintas da possibilidade de qualquer interpretação cultural ou religiosa que possa afastar essas vítimas do foco da Proteção Internacional dos Direitos Humanos. Ao estudar o tema, Luis Roberto Barroso denominou o núcleo material elementar desses direitos fundamentais de “**mínimo essencial**”<sup>14</sup>, conceituado como o conjunto de bens e utilidades básicas para a substância física indispensável ao desfrute da própria liberdade, que para ele seriam incluídos:

*“renda mínima, saúde básica e educação fundamental. Há, ainda, um elemento instrumental, que é o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos.”*

Esclarecido qual é o objeto de tutela que se busca proteger através dos organismos internacionais, passemos às dificuldades que serão enfrentadas, e posteriormente, aos mecanismos de Proteção utilizados e sua recepção no Direito Brasileiro.

#### **1.4. A Religião, os Estados Teocráticos e Direitos Humanos**

Muito mais complexa, necessitando de um arcabouço teórico, conceitual e jurídico bem mais sofisticado, é a argumentação de que o Estado Laico é a única forma de Governo que possibilita a garantia dos Direitos Humanos.

De início, deve-se separar Estado Laico de Estado Ateu. Os dados do censo demográfico realizado em 2000, no Brasil<sup>15</sup>, demonstram que apenas 7,3% de nossa população não se afirma como religiosa, o que reflete em nossos legisladores e, obviamente, nas legitimação dos processos legislativos sobre assuntos relacionados à Religião como legalização do aborto, pena de morte e casamento homossexual<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 6, setembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 26 de julho de 2011

<sup>15</sup> O Censo Demográfico de 2010 ainda não apresentou os dados relativos às Religiões

<sup>16</sup> Dados encontrados em <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/08052002tabulacao.shtm> acessado em 28/7/2011



Distribuição percentual da população residente, por religião - Brasil 2000 (%)	
Católica Apostólica Romana	73,6
Evangélicos	15,4
Espíritas	1,3
Umbanda e Candomblé	0,3
Outras religiosidades	1,8
Sem religião	7,4

Não raro a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) apresenta propostas de Lei ou se insere em discussões legislativas. Some-se a isso a existência de bancadas parlamentares dos Católicos e dos Evangélicos que, por vezes, se unem em prol de interesses comuns, como na campanha que, em maio de 2011, cancelou a distribuição de KIT sobre homossexualidade produzido pelo Ministério da Educação<sup>17</sup>. Demonstra-se assim que a Laicidade do Estado não retira da religião seu papel formador de grupos de pressão, apenas lhe retira o Poder decisório imoderado.

Em sentido completamente oposto, os Estados Teocráticos, típicos do Islamismo, constituem hoje uma das principais barreiras para a difusão dos direitos humanos em caráter global. Nesses Países não houve a difusão dos ideais iluministas de substituição da fé pela ciência, sendo o Estado governado pela lógica religiosa na qual todas as soluções são emitidas pela vontade divina, não havendo, portanto, sequer o conceito de justiça ou injustiça, apenas de adequação ou inadequação aos dogmas rituais. A dificuldade de transpor esse modelo reside na própria fé religiosa da população que, além de oferecer respostas às inquietações terrenas e espirituais, costuma ser um forte critério de identidade cultural, principalmente em grupos sociais menos favorecidos financeira e culturalmente.

Essa clara diferença de concepção do homem, de um lado definido como sujeito de direitos e, de outro, como criatura vinculada aos desígnios de uma Divindade, impõe um sério óbice às tentativas dos organismos internacionais de ampliar a Proteção aos Direitos Humanos, na medida em que a visão religiosa professa a idéia de que esses Direitos acabam por subverter a fé, o que ocorre, por exemplo, com a interferência internacional (ocidental), a qual é combatida com a *Jihad*<sup>18</sup>

<sup>17</sup> A pressão das bancadas foi objeto de matéria na Agência Oficial de Notícias da Câmara dos deputados e pode ser acessada no site: <http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/DIREITOS-HUMANOS/197660-PRESSAO-DE-BANCADAS-FAZ-GOVERNO-CANCELAR-KIT-SOBRE-HOMOSSEXUALIDADE.html>

<sup>18</sup> Palavra de origem Árabe que significa “esforço”. Tem por primeiro significado o esforço que o Muçulmano deve fazer para difundir a mensagem do Islã, mas corre o Mundo com o significado de Guerra Santa, travada pelo Islamismo contra a cultura imperialista ocidental.

Como exemplo peculiar e de grande interesse na presente análise, a conceituação Israelense contida na Lei Básica - A Dignidade Humana e a Liberdade, publicada em 1992, a qual trata dos direitos humanos sob o prisma de um Estado democrático e judeu, deixando de observar a liberdade de expressão e, principalmente, de religião.

## 1.5. Os Direitos Humanos e o Neoliberalismo

A barreira religiosa não é a única que se faz presente ao buscarmos a universalidade dos Direitos Humanos. o Neoliberalismo, braço econômico da cultura ocidental, ao mesmo tempo em que exige o cumprimento dos direitos de primeira geração (liberdades individuais), bem como dos de terceira geração (Direitos Coletivos), impõe retrocessos aos direitos de segunda geração, em especial os trabalhistas e sociais, através de sua rota de esvaziamento das conquistas do *Welfare State* (que suavizamos ao denominar de flexibilização).

Nesse ponto, o abandono dos direitos sociais e preservação daqueles decorrentes do trabalho, dentro de uma concepção voltada ao individualismo contemporâneo e dominação transnacional frente aos sistemas de produção genuínos, manufaturados, dos países periféricos, levando-os, inclusive, à extinção, acabam por gerar, também, a exclusão social desses indivíduos, na medida em que os privam da sensação, do sentimento, de inclusão na sociedade e no seu processo produtivo.

As vítimas seriam não apenas as pessoas, mas também a democracia, o Estado de Direito, o Estado do Bem-Estar Social, os direitos de defesa contra o Estado bem como, em termos iguais, os direitos de participação, e sobretudo a central “igualdade perante a lei”.

Friedrich Müller<sup>19</sup>, ao criticar o neoliberalismo aponta que: “Essa miséria não caiu do céu, e cada vez menos ela pode ser atribuída ao chamado subdesenvolvimento. A desregulamentação em escala mundial, designada de forma semanticamente inofensiva com o termo ‘globalização’ elimina, por exemplo, tarifas alfandegárias destinadas a proteger produtores e mercados locais e regionais. Assim, produtores de países pequenos submetem-se a uma concorrência internacional que, muitas vezes, não conseguem enfrentar.”

---

<sup>19</sup> MÜLLER, Friedrich. Democracia e exclusão social em face da globalização. Revista opinião jurídica. Fortaleza, n.03, 2005 p 396

Também não auxilia a propagação internacional dos direitos humanos a postura imperialista dos Estados Unidos da América, que mantêm presos, sem direito ao devido processo legal, na prisão de Guantánamo e realiza operações como a que resultou na morte de Osama Bin Laden, na qual a tropa Americana fez incursão militar no Paquistão (Pais Soberano) sem comunicação prévia, o que suscita a desconfiança de que a morte, sem resistência, e o enterro no oceano se deram para evitar, respectivamente, os holofotes do julgamento e a possibilidade da criação de um lugar para peregrinação anti-americana.

O repúdio aos horrores do holocausto promovido pelo Governo nazista alemão se constituiu na grande mola propulsora que levou a Sociedade Mundial a, pouco mais de dois meses após o fim da 2ª Grande Guerra, fundar a Organização das Nações Unidas com o fim de promover a paz global. Em 1948, a ONU editou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, ainda hoje o Marco maior de Internacionalização dos Direitos Humanos.

Para Cançado Trindade<sup>20</sup>, os Tratados internacionais de direitos humanos prescrevem normas de caráter coletivo que procuram garantir o interesse geral, transcendendo os interesses individuais das Partes Contratantes. Com base neste pressuposto, o Autor questiona a possibilidade de um Estado impor reserva a um instrumento de direitos humanos, uma vez que o objeto do tratado em questão não é o interesse individual do Estado, mas valores superiores relativos à própria dignidade do ser humano, pelo que se faz necessária à imposição de obrigações de proteção *erga omnes*, superando a visão tradicional da pretensa autonomia da vontade do Estado. Na busca pela universalização dos Direitos Fundamentais, deu-se a criação de diversas Organizações Internacionais como a Organização Internacional do Trabalho – OIT; a Organização Mundial de Saúde – OMS; a Organização mundial do Comércio – OMC; o Banco Inter-Americano de Desenvolvimento – BID; o Fundo Monetário Internacional – FMI; União Africana – UA; União Européia – EU; entre outros.

Citando novamente Bobbio (A Era dos Direitos), para o reconhecimento e a proteção de pretensões ou exigências contidas nas Declarações provenientes de Agências do sistema internacional, faz-se necessário que: a) sejam consideradas condições necessárias para que um Estado possa pertencer a comunidade internacional; e b) exista, no sistema internacional, de um poder comum suficientemente forte para prevenir ou reprimir a violação dos direitos declarados.

---

<sup>20</sup> Antonio Augusto Cançado Trindade é Jurista Brasileiro, Membro do Tribunal Internacional de Justiça

## Capítulo II

### 2.1. Os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos e sua recepção na constituição brasileira

Já tratada a importância dos Instrumentos Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos, cabe aqui um breve estudo sobre a Incorporação dessas Normas ao Direito Brasileiro de forma a lhes conferir efetividade.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 traz, em posição de notável destaque, a proteção aos direitos fundamentais, ressaltando, ainda no artigo 1º, inciso III, o princípio da dignidade da pessoa humana, elevado à condição de cláusula pétrea expressa.

O texto constitucional originário cuidou, em seu artigo 5º, destinado aos Direitos e Garantias Fundamentais, expressa e diferenciadamente, dos tratados internacionais na forma abaixo transcrita:

*“Parágrafo 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata;*

*Parágrafo 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.”*

Com base no texto constitucional originário, uma corrente doutrinária, capitaneada por Cançado Trindade, pretendia atribuir efeitos imediatos de Norma Constitucional a toda matéria que se refira aos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, o que suscitou diversos debates sobre a validade e hierarquia desses tratados no ordenamento pátrio. Afinal, os tratados assinados têm hierarquia superior à Constituição, idêntica à Constituição, ou gozam de paridade hierárquica com a Lei?

### 2.2. O modelo Brasileiro (Supralegalidade)

O Supremo Tribunal Federal, com clara influência do Ministro Francisco Rezek, de início afirmava que as normas decorrentes de tratados internacionais possuíam status de lei ordinária, tendo caráter infraconstitucional. As bases jurídicas utilizadas para este entendimento repousam na interpretação do artigo 102, III, b da Constituição Federal que possui a seguinte redação:

“**Art. 102** - Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

**III** - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

**b)** declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;”

Para o STF, o texto constitucional, ao permitir a declaração de inconstitucionalidade de tratados reconhece a infraconstitucionalidade de suas normas e a superioridade da Constituição sobre as fontes internacionais de Direito.

O marco simbólico (*lead case*) desta situação ocorreu no julgamento do Habeas Corpus de nº 73044/SP em 1996, ao confrontar o Pacto de San José da Costa Rica, que proíbe a prisão civil por dívida, excetuando apenas o devedor de pensão alimentícia, com a previsão constitucional (art. 5º, LXVII) de prisão civil do depositário infiel.

*“EMENTA: "HABEAS-CORPUS" PREVENTIVO. PRISÃO CIVIL DE DEPOSITÁRIO INFIEL DECRETADA EM AÇÃO DE DEPÓSITO DE BEM ALIENADO FIDUCIARIAMENTE (ART. 66 DA LEI Nº 4.728/65 E DECRETO-LEI Nº 911/69): ART. 5º, LXVII, DA CONSTITUIÇÃO E CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA), DECR. Nº 678/92. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA.*

( ... )

*II - Mérito. 1- A Constituição proíbe a prisão civil por dívida, mas não a do depositário que se furta à entrega de bem sobre o qual tem a posse imediata, seja o depósito voluntário ou legal (art. 5º, LXVII). 2- Os arts. 1º (art. 66 da Lei nº 4.728/65) e 4º do Decreto-lei nº 911/69, definem o devedor alienante fiduciário como depositário, porque o domínio e a posse direta do bem continuam em poder do proprietário fiduciário ou credor, em face da natureza do contrato. 3- A prisão de quem foi declarado, por decisão judicial, como depositário infiel é constitucional, seja quanto ao depósito regulamentado no Código Civil como no caso de alienação protegida pela cláusula fiduciária. 4- Os compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte (§ 2º do art. 5º da Constituição) não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração da sua Constituição; por esta razão, o art. 7º, nº 7, do Pacto de São José da Costa Rica, ("ninguém deve ser detido por dívida": "este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar") deve ser interpretado com as limitações impostas pelo art. 5º, LXVII, da Constituição. 5- "Habeas-corpus" conhecido em parte e, nesta parte, indeferido.*

A Emenda Constitucional nº 45/2004 ao tratar da reforma do Poder Judiciário Brasileiro acresceu ao artigo 5º da Constituição Federal o parágrafo 3º com o seguinte teor: "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 constitucionais."

Neste ponto, vê-se um avanço, qual seja, o reconhecimento da natureza constitucional das normas internacionais de direitos humanos, e um retrocesso que é o quórum de emenda constitucional para validade desses tratados, o que praticamente reduz um Tratado firmado ao mesmo patamar legal de uma proposta de Lei.

Posteriormente a Emenda 45, nossa Corte Constitucional, mesmo mantendo o entendimento de infraconstitucionalidade dos Tratados Internacionais, reviu seu posicionamento ao Julgar o Recurso Extraordinário de nº 349703/RS, extinguindo a prisão civil do depositário infiel na forma do julgado abaixo transcrito:

*PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 50 DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.*

*Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão.*

### **2.3. Hierarquia Constitucional (desejo Brasileiro e solução Argentina)**

Diversos Internacionalistas Brasileiros, entre eles Cançado Trindade e Flávia Piovesan, defendem que, de acordo com o texto originário da Constituição Brasileira (artigo 5º, § 2º), os tratados internacionais de direitos humanos têm a mesma hierarquia das normas constitucionais.

A Constituição Argentina, reformada em 1994 no Governo de Eduardo Menem, conferiu hierarquia constitucional expressa aos principais Tratados de Direitos Humanos existentes, exigindo *quorum* de dois terços para denunciar os direitos lá constantes, o que inverte a lógica prevista na Emenda Constitucional Brasileira de nº45.

*“Artículo 75 - Corresponde al Congreso:*

*22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.*

*La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, **tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.***

Porém, a solução Argentina, ainda que mais avançada do que a Brasileira, se restringiu aos tratados até então firmados, mantendo a necessidade de aprovação pelo Congresso de novos tratados que viessem a ser assinados posteriormente a outorga constitucional mantendo, neste caso, critério idêntico ao Brasileiro como de demonstra da leitura do último parágrafo do artigo 75, inciso 22, in verbis:

*“Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.”*



### 3. Considerações Conclusivas

O processo de Globalização ampliou o sentimento de universalidade da Proteção aos Direitos Fundamentais, cuja efetividade ainda é limitada pelos Governos Teocráticos, no que tange às liberdades individuais, e pelo Neoliberalismo, no que se refere aos Direitos Sociais e Trabalhistas conquistados durante o *Welfare State*.

Apesar de diversos doutrinadores apontarem a falência do modelo tradicional de Soberania, as Constituições e os Tribunais Constitucionais (entre eles, o Brasileiro) têm sido cautelosos na incorporação de Tratados Internacionais, mesmo aqueles que se referem aos Direitos Humanos, o que demonstra um resquício de apego ao conceito tradicional de Estado Nacional Soberano.

A viabilidade da efetivação de Normas Internacionais sobre Direitos Humanos em caráter global só poderá advir de um processo de maior aceitação às diversidades existentes, com ênfase na proteção de um “mínimo essencial”, cabendo à Sociedade Internacional estabelecer a obrigatoriedade de cumprimento dessas normas para que um Estado possa ser reconhecido<sup>21</sup>.

A perspectiva otimista é a de que o contínuo e crescente processo de Globalização irá, gradualmente, isolar os Estados que não respeitam os Direitos Humanos, até que o efeito das pressões internas e externas, sobretudo as econômicas, reduza as desigualdades e a opressão;

Infelizmente, apesar de transcorridos mais de 60 anos da edição da Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Sociedade Internacional ainda não possui a fórmula para reprimir - de imediato - a violação dos Direitos Humanos. A luta ainda será longa, mas o inconformismo humanitário há de sair vitorioso.

Entretanto, o passo fundamental é o da compreensão global, dentro de um diálogo internacional com vistas ao consenso, materializando o que mais se aproximaria de uma concepção universal dos direitos humanos, tendo como alicerces infestáveis às liberdades, a dignidade e o mínimo existencial da/à pessoa humana, sem abrir mão da preservação das idiosincrasias.

---

<sup>21</sup> Não conhecemos estudos sérios para conferir se a aplicação de sanções comerciais e diplomáticas aceleram as pressões internas para mudanças ou se apenas aumentam o grau de miséria da população desses Países.

Friedrich Müller<sup>22</sup> afirma que “a democracia tem que se globalizar” e é exatamente este o caminho que se vislumbra para o futuro. Um caminho de reconhecimento das desigualdades, com uma multiplicidade de atores, complexos e diversos no qual – como ocorre em toda sociedade democrática – haverá uma contínua busca por uma solução legitimada de forma a compatibilizar essas diferenças dentro desta sociedade (global).

## Referências Bibliográficas

ARNAUD, André-Jean. Governar sem Fronteiras, entre globalização e pós-globalização; Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos, Editora Campus, 1992

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos – Volume II*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1999

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

MÜLLER, Friedrich. Democracia e exclusão social em face da globalização. Revista opinião jurídica. Fortaleza, n.03, 2005

RODRIGUES, Maurício Andreiuolo. O poder constituinte supranacional., SAFE, Rio de Janeiro, 2000

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27a. edição - São Paulo:Malheiros, 2006.

---

<sup>22</sup> MÜLLER, Friedrich. Democracia e exclusão social em face da globalização. Revista opinião jurídica. Fortaleza, n.03, 2005 p 402