

OS DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS DOS DIREITOS HUMANOS UNIVERSAIS:

POR UM CONSTITUCIONALISMO GLOBAL

CONTEMPORARY CHALLENGES OF UNIVERSAL HUMAN RIGHTS:

THE ONE GLOBAL CONSTITUTIONALISM

Marco Aurélio Pieri Zeferino
marcoadv8@hotmail.com

Juventino de Castro Aguado
juventinodecastro@yahoo.com.br

Zaiden Geraige Neto
zgneto@uol.com.br

Recebido em: 21/10/2013
Aprovado em: 01/06/2014

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. O desenvolvimento do constitucionalismo internacional moderno. 3. Direitos humanos e pacta sunt servanda: por um novo constitucionalismo global. 4. Os direitos humanos e a necessidade da flexibilização constitucional. 5. Das barreiras à universalização dos direitos humanos. 6. Considerações finais. Referências.

Resumo:

Os direitos humanos, conquistados ao longo da história, por meio de revoluções, lágrimas, lutas, sangue e suor, demandaram a positivação de princípios e garantias junto aos ordenamentos estatais, as respectivas Constituições nacionais. Atualmente, postula-se via doutrina universalista uma integração jurídica assecuratória de direitos imanentes à dignidade da pessoa humana, que estão circunscritos a um ordenamento superior, vinculante, um conjunto de normas

Abstract:

Human rights, won through history, through revolutions, tears, fights, blood and sweat, demanded positivization principles and guarantees from the state jurisdictions, to their national constitutions. Currently, it is postulated via universalist doctrine integration assecuratory legal rights inherent dignity of the human person, which are restricted to a higher order, binding, a set of rules whose obedience cogent transmutes to the global social constitutionalism, a respect

cogentes cuja obediência transmuda-se ao constitucionalismo global social, um respeito supranacional a direitos universais, suplantando barreiras atualmente existentes, tais como relativismos culturais, religiosos e econômicos, demandando a adoção de uma solidariedade transnacional.

Palavras-Chave:

Direitos humanos – doutrina universalista – dignidadeda pessoa humana – constitucionalismo global social.

to supranational universal rights, supplanting currently existing barriers such as cultural relativism, religious and economic, demanding the adoption of a transnational solidarity.

Keywords:

Human rights - universalist doctrine - human dignity - global social constitutionalism.

1. INTRODUÇÃO:

As premissas constitucionais nacionais permeiam-se de princípios regentes ao Estado brasileiro, possuindo natureza assecuratória via limitação do poder estatal, ao passo que declaram direitos fundamentais positivados no bojo da Constituição Federal, possibilitando a formalização desses direitos, que estão subscritos no texto da Lei Maior, assim como forçando a materialização destes direitos e garantias pelo Estado e pelos valores e anseios de nossa sociedade.

Segundo tais premissas, os direitos fundamentais destinam-se a persecução de liberdades de locomoção, pensamento, reunião, associação, profissão, direito de greve, dentre outros, possibilitando o nascimento dos direitos de crédito para poder exigir do Estado o cumprimento de seus compromissos, compreendidos como direitos que a sociedade detém, de reclamar contraprestações positivas estatais como os direitos à saúde e educação, além dos direitos já implementados, por meio de exigência coletiva ao ente estatal da preservação de uma situação favorável a todos, como a defesa do meio ambiente equilibrado e do contexto social de trabalho e segurança.

Dessa forma, sobreditos direitos fundamentais se inserem na ordem constitucional como direitos garantias, característica essencial ao Estado Democrático de Direito, haja vista a possibilidade de defesa e controle da atuação do Estado por intermédio da adoção de políticas públicas e inserção do Poder Judiciário em questões nas quais o Estado é falho, ausente, afigurada a importância e relevância dos direitos fundamentais e dos direitos do homem vistos na sua total amplitude.

Esses direitos, diga-se de passagem, possuem características próprias como a inalienabilidade, uma vez que intransferíveis, não passíveis de negociação, afigurada a ausência de conteúdo

econômico patrimonial; sendo, ademais, imprescritíveis, pois nunca deixam de ser exigíveis; irrenunciáveis, não cabendo ao cidadão a eles renunciar; invioláveis, porque não podem ser desrespeitados por qualquer autoridade ou lei; universais, dispondo tais direitos a todo ser humano, a toda humanidade, independentemente de seu país de origem; históricos, já que surgem no decorrer da História, aperfeiçoando-se e crescendo-se com o passar do tempo; interdependentes, devendo haver relação harmônica entre as normas, impossibilitando a existência de antinomias, bem como limitáveis, haja vista que tais direitos não são absolutos, tendo em vista que, afigurada a colisão de direitos fundamentais, prevalecerá o mais benéfico, tendendo à relativização de um deles para observância dos demais, ressaltando-se a inexistência de qualquer escalonamento ou subordinação entre esses direitos garantias.

Ressaltadas as garantias e características dos direitos fundamentais e dos direitos do homem, faz-se mister assinalar que nosso país promoveu a constitucionalização formal dos tratados de direitos humanos, possibilitando, pela Emenda Constitucional nº 45/2004, a sua adoção com *status* de emenda constitucional, o que reclama aprovação por três quintos em cada Casa do Congresso Nacional, consoante exposto no artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal de 1988.

Devida constitucionalização representa guarida junto à Magna Carta, cujo fundamento axiológico maior, insculpido junto ao artigo 1º do corpo constitucional, gravou e petrificou o respeito à dignidade da pessoa humana como condição essencial à República Federativa do Brasil. Assim, assistimos mediante aprovação e ratificação, à constitucionalização da Convenção Internacional dos Portadores de Deficiência, a qual incorporou efetivamente nosso ordenamento pátrio com força de emenda constitucional, supra legal. Assistimos, também, à incorporação via judicialização do Pacto de San José da Costa Rica, uma vez que, em meados de 2008, o Supremo Tribunal Federal confirmou a natureza supralegal do pacto, revogando a norma infraconstitucional que possibilitava a prisão do depositário infiel, extinguindo-a, mediante a edição da Súmula Vinculante nº 25, a prisão civil por dívidas no Brasil. Ao longo das últimas décadas do século XX, particularmente nos anos 1990, o Brasil pós-ditadura foi incorporando à sua legislação, por meio de ratificação, uma série de convenções, tratados, pactos, entre outros nomes, tendentes todos a colocar o país no caminho da democracia e de maior e melhor integração na comunidade internacional.

Ainda, com axiologia eminentemente humanitária, nossa Constituição possibilitou em seu artigo 5º, parágrafo 2º, a admissão e o respeito aos direitos humanos de forma integrada, compreendendo-se nesses os direitos individuais, sociais, econômicos, culturais e políticos fundamentais, seja pelo ordenamento pátrio, seja por intermédio de Tratados ou demais instrumentos persecutórios internacionais, pela garantia da norma mais benéfica ao indivíduo, independentemente da conformação normativa, seja ela nacional ou internacional.

Apesar da breve exposição constitucional pátria, a questão objetiva deste estudo atém-se à mudança dos paradigmas jurídicos em face dos direitos humanos junto à órbita e o ordenamento internacional. Importante salientar que essa mudança de paradigma vem atuando de forma integrativa, em benefício de minorias e excluídos, os quais, historicamente, não dispunham de ferramentas internacionais que lhes assegurassem um mínimo de dignidade. Nestes termos, temos os ensinamentos de Marcelo de Lima (2011, p. 308), à luz de um universalismo social:

A atual disposição dos direitos humanos, mantida por uma farta quantidade de documentos internacionais sobre os mais diversos temas, não só respalda a proteção de direitos mais essenciais (como a vida e a liberdade física, por exemplo), mas também assegura tratamento privilegiado a direitos que, até cerca de um século atrás, não tinham lugar na ordem internacional (pessoas com deficiência, educação, saúde e meio ambiente saudável, para somente citar alguns exemplos mais visíveis).

Atualmente vivenciamos um período em que não mais se concebe uma fragmentação jurídica, uma visão estamental de direitos cuja natureza eminentemente difusa, necessita e imprime nova forma de direito, transnacional, efetivo, assecuratório à dignidade humana universal. Diante disto, segundo uma concepção contemporânea universalista, encampada no Brasil por Flávia Piovesan, seria possível um constitucionalismo internacional dos direitos humanos?

2. O DESENVOLVIMENTO DO CONSTITUCIONALISMO INTERNACIONAL MODERNO.

Atualmente, a globalização econômica e de outras dimensões, impõe, sob os diversos prismas, uma internacionalização, seja ela

cultural, financeira, laboral, ideológica ou jurídica. A globalização jurídica, mormente denominada internacionalismo legal, impõe a formação prévia de um direito internacional, cujas normas são construídas por um processo tendente à universalização dos direitos humanos, via resultante fenomenológica do pós-guerra, um momento marcante para este direito internacional. Este fenômeno, e esse momento, vêm comprovar a certeza de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao âmbito reservado dos Estados nacionais, porque se constitui em tema de legítimo interesse internacional. Isso não elimina a responsabilidade internacional dos Estados na defesa e implementação dos direitos humanos, mesmo em havendo a invocação da soberania pelos entes estatais.

Historicamente, nos séculos XVII e XVIII, a aceitação do direito internacional ocorreu em virtude da Paz de Westfália (1648), pondo fim à Guerra entre a França e a Inglaterra, cujos Estados, partindo do respeito às respectivas soberanias, às próprias normas internas, possibilitaram a adoção de tratados internacionais em caráter subsidiário, ou seja, naquilo que não contrariasse seus próprios ordenamentos, mediante ratificação dos respectivos governantes, possuindo natureza meramente complementar.

É claro que o modelo westphaliano, referente às soberanias nacionais, está superado e esgotado diante da nova visão do ordenamento internacional.

Desta forma, o direito internacional vinculava-se à soberania clássica na concepção de Jean Bodin (1576), cujo poder era supremo e exclusivo da República, garantindo-se o poder do monarca, por muitos denominado poder do príncipe, para posteriormente assegurar o poder do Estado e enfim, o poder do povo.

Este conceito rígido de soberania passou a ser contestado com o advento de um constitucionalismo moderno, iniciado em 1787 com a Constituição Americana e posteriormente em 1789 com o advento da Revolução Francesa, na qual Rousseau¹, já anteriormente, pai do iluminismo francês, revelou ao mundo o conceito de soberania popular, *la volonté générale*, aliada aos direitos humanos, ideologia essa anteriormente presente em sociedades de tradição filosófica, tais quais as sociedades gregas e romanas, cujos ordenamentos já previam respeito aos direitos fundamentais do homem.

Dessa forma, com o desenvolvimento das constituições lastreadas em fundamentos iluministas, surgem direitos de primeira dimensão,

1. Falecido onze anos antes (1778) do início da Revolução Francesa, essa herdou de Rousseau vários dos seus princípios revolucionários e deu-lhe, em contrapartida, o título de patrono da Revolução. A concepção da soberania popular, superando as ideias anteriores da soberania do monarca e, também, da soberania do Estado, é uma de suas maiores contribuições.

alicerçados nas liberdades individuais, posteriormente surgindo direitos de segunda dimensão, aliados à igualdade formal, bem como direitos de terceira dimensão, condizentes à solidariedade, à legitimação social da coletividade para questões que ultrapassem a individualidade de cada cidadão, mas que se refiram a todos indistintamente, surgindo em decorrência direitos difusos, comuns e desvinculados do rígido conceito de território, de nacionalidade e de fronteiras.

O direito internacional passa a abandonar o conceito clássico de soberania ante a adoção do ideal de um mundo supranacional, demandando um constitucionalismo internacional nascente ligado a uma ordem jurídica de caráter transnacional.

Esta nova ordem jurídica transnacional, aliada à emergência de novos Estados em meio ao processo de descolonização, tanto no século XIX como, principalmente, no século XX, pós-Segunda Guerra Mundial, vai desencadear o que poderíamos identificar como a ampliação e a democratização do direito internacional.

Vale ressaltar que esta nova ordem internacional dá seus primeiros passos com o constitucionalismo jurídico estadunidense, pelo sistema *common law*, cujos tribunais, como a Suprema Corte, detêm poderes para interpretar a Constituição, bem como demais, pela adoção dos Estados ao constitucionalismo político, organizando por meio da lei maior o próprio poder político estatal, culminando em um Constitucionalismo Social, cujas legislações nacionais se estendem para além do Estado, surgindo os direitos sociais vinculados a toda coletividade, vista essa no sentido internacional e global.

O certo é que, olhando para os acontecimentos trágicos do século XX, é fácil constatar que o ordenamento internacional tradicional, marcado pelo predomínio das soberanias estatais e a exclusão dos indivíduos, não foi capaz de reprimir, e muito menos evitar, as violações maciças dos direitos do homem perpetradas com tanta profundidade e frequência como se constou ao longo do século das grandes guerras e com os genocídios que se desenvolveram na Europa Central (ex-Iugoslávia) e na África (Ruanda, Uganda, República Democrática do Congo, entre outros) na última década daquele século.

Por serem universais, preleciona Trindade (2006, p. 111) que os direitos humanos “já não se sustentam no monopólio estatal da titularidade de direitos, nem nos excessos de um positivismo jurídico degenerado que excluíram do ordenamento jurídico internacional o destinatário final das normas jurídicas: o ser humano”.

Segundo o mesmo autor (2006, p. 111), o positivismo voluntarista mostrou-se:

Incapaz de explicar o processo de formação das normas do direito internacional geral e se tornou evidente que só se poderia encontrar uma resposta ao problema dos fundamentos e da validade deste último na consciência jurídica universal, a partir da asserção da ideia de justiça objetiva.

O Constitucionalismo Social ganha força em grande parte dos países após a II Guerra Mundial, cujos traços comuns residem no reconhecimento dos direitos humanos, maior preocupação estatal aos problemas sociais, pugnando-se por respostas aos anseios das coletividades, bem como por maior cobrança da sociedade sobre a atuação do Estado.

Tais ideários sociais germinaram de tal forma que acabaram culminando em uma ordem jurídica supranacional, que as Constituições passaram a englobar problemas sociais e direitos humanos, surgindo novos valores, novos sujeitos e atores sociais favoráveis à relativização da soberania ante a possibilidade de adoção de um constitucionalismo internacional pleno, caracterizado pela construção de uma nova ordem jurídica internacionalista permeada pela cidadania e a cultura de paz.

Surge um novo constitucionalismo, uma nova *pacta sunt servanda* atinente aos direitos humanos, um poder jurídico e político vinculante aos Estados, independentemente de serem ou não signatários de tais documentos, afigurado o poder consuetudinário cogente do humanismo internacional.

3. DIREITOS HUMANOS E PACTA SUNT SERVANDA: POR UM NOVO CONSTITUCIONALISMO GLOBAL.

As Constituições modernas, notadamente a brasileira, consoante já exposto anteriormente, possuem como finalidades principiológicas a proteção e garantia dos direitos fundamentais, cuja legitimidade do poder estatal está no poder do povo, a soberania popular. Tais garantias constituem-se em núcleos duros, que, por disposição legal, não podem ser alterados ou fragmentados em virtude de dificuldades históricas operadas à sua institucionalização. São as cláusulas pétreas, que, de certa forma, demandam rigidez absoluta, tendendo à incompatibilização com a realidade social vigente.

Acerca das inadequações constitucionais pátrias aos anseios sociais vigentes, prelecionam os doutrinadores Juliano Taveira Bernardes e Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira (2012, p. 24), que:

Nossa Constituição, quanto ao critério ontológico proposto por Karl Loewenstein, é nominal em essência, sendo a constituição que possui um projeto de alteração, mas que não consegue se impor à realidade existente. Apesar de ser juridicamente válida, o processo político a ela não se curva nem se adapta adequadamente. Daí porque não é aplicada efetivamente.

Desta forma, costumes e normas internacionais poderiam encontrar barreiras constitucionais para a adoção efetiva de direitos humanos, não somente no ordenamento pátrio, mas em diversas constituições, inviabilizando a aplicação de um constitucionalismo global humanitário.

Entretanto, nossa própria Constituição possibilita a manutenção de seu núcleo duro ao abstrair como base principiológica fundamental a dignidade da pessoa humana, garantindo o respeito aos direitos humanos seja pelo ordenamento nacional, seja pela adoção de ordenamentos internacionais tendentes à prevalência dos aludidos direitos.

Com clareza discorrem Bernardes e Ferreira (2012, p. 41) acerca da base constitucional contida na dignidade da pessoa humana:

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana importa na total repulsa do constituinte a quaisquer normas ou práticas a colocar alguma pessoa em posição de inferioridade substancial perante as demais, assim como em situação na qual se lhe desconsidere a condição de humano, seja para reduzir ou assemelhar à condição de “coisa”, seja para privá-la dos meios minimamente necessários à subsistência com dignidade.

Nesses termos, nosso ordenamento, pela interpretação aberta dos direitos humanos, possibilita a complementariedade normativa de forma a permitir uma adequação multilateral entre as normas internas e os diversos ordenamentos e princípios de proteção humana no plano internacional, favorecendo o universalismo proposto pelo novo Direito Internacional dos Direitos Humanos, uma *pacta sunt servanda* global, decorrente não tão somente de tratados e pactos, mas principalmente pela assunção dos costumes internacionais cogentes aos respectivos ordenamentos, sem qualquer antinomia ou mesmo alegações de

desrespeito à soberania, haja vista a transnacionalização da dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, louváveis os ensinamentos de Milton Ângelo (1998, p. 73):

O ser humano é sujeito tanto do direito interno quanto do direito internacional, dotado em ambos de personalidade e capacidade jurídicas próprias. No presente domínio de proteção, o direito internacional e o direito interno, longe de operarem de modo estanque ou compartimentalizado, se mostram em constante interação, de modo a assegurar a proteção eficaz do ser humano.

Importante salientar que, caso haja conflito entre as normas do direito internacional face ao ordenamento jurídico interno dos países, no que tange aos direitos humanos, haverá a aplicação do princípio da primazia da norma mais favorável, não havendo de se olvidar qualquer antinomia em matéria humanitária. Mas não há por que desprezar a filosofia do princípio *pacta sunt servanda*.

Ademais, a *fragmentação* clássica das *gerações de direitos* não se aplicaria aos direitos humanos, restando impossibilitada sua divisão em estamentos, em classes, afirmando-se a unificação em um todo construído e arquitetado ao longo da história, assentado sob séculos de lutas e revoluções, tais quais os tijolos acumulam-se na cadência de uma construção, ou seja, não são sucessíveis ou substituíveis mas integrativos na formação de um conjunto de direitos intransponíveis e indivisíveis. Os direitos do homem não se sucedem em substituição, mas se complementam, desdobram-se para uma melhor definição e concretização e se aperfeiçoam incorporando conquistas anteriores, tanto jurídicas, quanto sociais, políticas e científicas. Daí o conceito de gerações de direitos estar sendo substituído por diversos autores pelo de *dimensões*.

Acerca da construção histórica dos direitos humanos, Milton Ângelo (1998, p. 75) descreve com a maestria que lhe é peculiar:

O direito dos direitos humanos não rege as relações entre iguais; opera-se precisamente em defesa dos ostensivamente mais fracos. Nas relações entre desiguais, posiciona-se em favor dos mais necessitados de proteção. Não busca obter um equilíbrio abstrato entre as partes, mas remediar os efeitos do desequilíbrio e das disparidades. Não se nutre das barganhas da reciprocidade, mas se inspira nas relações de *ordre public* em defesa de interesses

superiores, da realização da justiça. É o direito de proteção dos mais fracos e vulneráveis, cujos avanços em sua evolução histórica se tem devido em grande parte à mobilização da sociedade civil contra todos os tipos de dominação, exclusão e repressão. Neste domínio de proteção, as normas jurídicas são interpretadas e aplicadas tendo sempre presentes as necessidades prementes de proteção das supostas vítimas.

Os direitos humanos em sua universalidade foram revelados pela Carta das Nações Unidas com o *status* de direitos fundamentais mediante exposição junto à Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10-12-1948, a qual, embora não seja especificamente um tratado, pacto ou convenção, vincula-se aos costumes e demais princípios gerais de direito como norma cogente universal.

Neste sentido, expõe o artigo II, inciso 1º, da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição.

Afigurada a amplitude da declaração supra, aliada à difusão do conceito presente na dignidade humana, torna-se juridicamente possível a vinculação de todo e qualquer ordenamento aos princípios ali insculpidos, tratando-se de norma fundamental que transcende a toda e qualquer constituição em matéria de direitos humanos.

4. OS DIREITOS HUMANOS E A NECESSIDADE DA FLEXIBILIZAÇÃO CONSTITUCIONAL.

Frente à concretude das questões envolvendo os direitos humanos, há forças pluralistas e heterogêneas que imprimem tendências à diminuição do positivismo rígido, legalista, pugnando pela necessária flexibilização constitucional, bem como pela utilização de princípios e métodos abertos, mais dinâmicos e perfeitamente adequáveis aos novos paradigmas e anseios coletivos.

Discorrem Juventino de Castro Aguado e Antonia A. Mendes de Salles Cunha (2006, p. 122), acerca do dinamismo decorrente dos direitos humanos contemporâneos:

Há toda uma consciência, plasmada em todas as Constituições modernas, fruto de sociedades pluralistas e heterogêneas onde se dá o debate social entre os diversos grupos e instâncias sociais, no sentido de que, além do princípio e da norma da lei fundamental da nação, se desenvolvem pactos e compromissos que exigem regras interpretativas que correspondam às concepções mais dinâmicas da realidade social, em paralelo a uma realidade constitucional mais enraizada. A Constituição deve, pois, representar uma estrutura aberta com valores pluralistas e com um certo teor de indeterminação; isto, certamente, se concretiza nos princípios constitucionais devidamente interpretados.

Sobre a necessidade de adequação social, a própria Convenção Americana de Direitos Humanos reconheceu em sua parte preambular que os direitos iminentes à pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado Estado, mas porque a proteção dos atributos da pessoa humana possuem natureza internacional, coadjuvante ou complementar aos instrumentos assecuratórios oferecidos pelo direito interno dos Estados americanos.

Supramencionada Convenção possibilita e reaviva o princípio da extraterritorialidade das leis protetivas aos direitos humanos, possibilitando interpretação extensiva, bem como a utilização de costumes como instrumentos de resposta mais eficazes aos anseios sociais, discorrendo acerca de sua importância Aguado e Cunha (2006, p. 132):

Os costumes adquirem grande importância em países, a exemplo do Brasil, onde as reformas legislativas são morosas; as normas adquirem um caráter ultrapassado frente à realidade social, buscando-se, daí, exercer a justiça em consonância com as verdades atuais, lançando-se mão dos costumes. Na verdade, eles representam algo muito maior, que é todo um contexto cultural que se reflete, ou deve se refletir, na normatividade jurídica.

Apesar da importância dos costumes em matéria internacional, vislumbramos na prática uma dificuldade na flexibilização constitucional, bem como na superposição de jurisdição internacional às jurisdições nacionais, assegurando efetivamente garantias contra o Estado, contra toda e qualquer violência institucional, concebida e praticada por agentes e governos mediante permissivos legais internos, os quais, apesar de abominados pelos direitos humanos internacionais, ainda são presentes em muitos ordenamentos estatais.

Para Lúcia Barros Freitas de Alvarenga (1998, p. 55), em uma dimensão hermenêutica para a realização constitucional, imprescindível o abandono do conceito rígido de soberania clássica, afirmando que:

O princípio da soberania estatal não poderia ser absoluto, pois as possíveis violações dos direitos humanos cometidas pelo Estado contra seus cidadãos, ou uma parte deles (minorias étnicas, linguísticas ou religiosas), ou contra as pessoas que residem em seu território (apátridas ou comunidades de trabalhadores estrangeiros), careceriam de relevância jurídica internacional... Há muito, abandonou-se a ideia de que o conceito de soberania se restringe ao âmbito doméstico, aproximando-se do sentido de independência; pelo contrário, reconhece-se que a soberania absoluta é inconciliável com o direito internacional.

Destarte tais considerações, demanda-se cooperação pacífica, uma igualdade entre Estados, uma construção conjunta, multidisciplinar, com reconhecimento de uma jurisdição supranacional, com obrigações para todos os Estados, uma solidariedade *erga omnes*.

O conhecido cientista social Boaventura de Sousa Santos (1997, pp. 11-32) demanda por uma *concepção multicultural de direitos humanos*, pela qual se possam criar condições para que os direitos humanos sejam colocados ao serviço de uma política progressista e emancipadora. Há uma marca ocidental, ou melhor, ocidental-liberal do discurso dominante dos direitos humanos que pode ser facilmente identificada, mas que deve ser superada na direção dos direitos humanos multiculturais.

Prescreve Antônio Augusto Cançado Trindade (2006, p. 111), acerca da necessidade da valorização do homem, como único e exclusivo sujeito de direito, ante a operada exclusão do monopólio jurídico estatal, que:

O ordenamento internacional tradicional, marcado pelo domínio das soberanias estatais e exclusão dos indivíduos não foi capaz de evitar a intensificação da produção e uso de armamentos de destruição em massa, e tampouco as violações maciças dos direitos humanos perpetradas em todas as regiões do mundo. Afirmam-se, assim, com maior vigor, os direitos humanos universais. Já não se sustentam o monopólio estatal da titularidade de direitos, nem os excessos de um positivismo jurídico degenerado, que excluíram do ordenamento jurídico internacional o destinatário das normas jurídicas: o ser humano. Reconhece-se hoje a necessidade de restituir a este último a

posição central – como sujeito do direito tanto interno como internacional – de onde foi indevidamente alijado, com as consequências desastrosas já assinaladas.

Enfim, os direitos humanos primam pela construção de uma consciência jurídica universal, com ideários de justiça objetiva, como vimos acima, uma jurisdição que possibilite aos seres humanos personalidade jurídica supranacional, global, desvinculada do conceito de territorialidade legal e à ideologia da relativização dos direitos humanos decorrente do relativismo cultural, mediante o fortalecimento de uma ordem pública extra fronteiras, de um novo paradigma ao direito internacional.

A priori, Cançado Trindade (2006, p. 117) aduz o nascimento de uma nova ordem internacionalista, afirmando que:

Na construção do ordenamento jurídico internacional do novo século, testemunhamos, com a gradual erosão da reciprocidade, a emergência *pari passu* de considerações superiores de *ordre public*, refletidas nas concepções das normas imperativas do direito internacional geral (o *jus cogens*), dos direitos fundamentais inderrogáveis, das obrigações *erga omnes* de proteção (devidas à comunidade internacional como um todo). A consagração destas obrigações representa a superação de um padrão de conduta erigido sobre a pretensa autonomia da vontade do Estado, do qual o próprio direito internacional buscou gradualmente se libertar ao consagrar o conceito de *jus cogens*.

As normas cogentes assegurariam, via direito consuetudinário internacional, a razão existencial integrativa social do próprio Estado, a realização do bem comum, desvinculando de uma vez por todas a ideia da vontade própria estatal, o voluntarismo, característica do positivismo, cuja consequência culminou na restrição da universalidade pelo legalismo.

Trindade (2006, p. 119), ao citar a obra de Hugo Grotius, intitulada *De Jure Belli ac Pacis*, de 1625, descreve: “El Estado no es un fin en si mismo, sino un medio para asegurar el ordenamiento social y perfeccionar la sociedad común que abarca toda la humanidad”.

Em discurso proferido na cerimônia de outorga de título de professor honoris causa da Universidad Nacional Mayor de San Marcos, em Lima, Peru, Antonio Augusto Cançado Trindade (2006, p. 126) assim ponderou: “El Estado fue efectivamente concebido para la realización

del bien común, y no se puede invocar su soberanía para intentar justificar violaciones del derecho a la vida y del derecho a la integridad de la persona humana”.

Em razão desses novos instrumentos, iniciamos uma *era de direitos* (Norberto Bobbio) marcada pela ascendência de um sistema normativo internacional de proteção dos direitos humanos, um constitucionalismo global cujo objeto finalístico propugna limitar o poder do Estado, o poder do príncipe, bem como garantir efetividade aos direitos fundamentais, encerrando um período de segmentação entre o Estado e seus súditos, demandando ações internacionais interventivas, afigurada a personificação jurídica supranacional destes seres humanos e possibilitando a passagem de súditos a cidadãos internacionais.

5. DAS BARREIRAS À UNIVERSALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.

Um dos grandes desafios aos direitos humanos é a promoção e a aplicabilidade universal de seus princípios e garantias, tendo em vista a ocorrência de externalidades que impedem ou mesmo dificultam sua implantação, verdadeiras barreiras à sua universalização.

Dentre elas, o relativismo cultural assenta-se sob bases culturais, políticas e econômicas locais, as quais descaracterizam ideários de universalização em nome de pretensa pluralidade cultural endógena. Ocorre que, contrariamente a isso, o universalismo defende uma integração entre aludidas culturas e o princípio da dignidade da pessoa humana, possibilitando uma confluência, um cruzamento cultural contrário a qualquer ideal de sobreposição cultural. Trata-se de respeitar as culturas existentes sob o manto de um mínimo ético irredutível, um diálogo entre culturas em torno da dignidade humana.

A relação entre religião e política também apresenta uma barreira à universalização dos direitos humanos, uma que Estados que não são laicos possibilitam o fundamentalismo político religioso, bem como o retorno de um teocentrismo cuja razão transmuda-se à fé, intervindo em normas, regramentos, impondo padrões de conduta que restringem o exercício de direitos humanos, a exemplo de alguns países cujas mulheres são impedidas de ter acesso à educação.²

Nesta linha de raciocínio, em respeito ao Estado laico, preleciona Flávia Piovesan (2012, pp. 50-51):

2. Muito interessante a respeito desta temática é o livro de Jónatas E. M. Machado, intitulado: **Estado Constitucional e Neutralidade Religiosa – Entre o teísmo e o (neo)ateísmo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

No Estado laico, marcado pela separação entre Estado e religião, todas as religiões merecem igual consideração e profundo respeito. Inexiste, contudo, uma religião oficial, que se transforme na única concepção estatal, abolindo a dinâmica de uma sociedade aberta, livre, diversa e plural. Há o dever do Estado de garantir as condições de igual liberdade religiosa e moral, em um contexto desafiador em que, se de um lado o Estado contemporâneo busca separar-se da religião, esta, por sua vez, busca adentrar nos domínios do Estado.

As diferenças mundiais de desenvolvimento também constituem-se num desafio à universalização dos direitos humanos, visto que em regiões pouco desenvolvidas, populações sem acesso à educação não possuem participação política, possibilitando que a corrupção local descaracterize políticas públicas essenciais, negando às populações locais direitos mínimos de satisfação às necessidades básicas diárias, quanto menos, permitindo uma conscientização acerca de seus direitos fundamentais, havendo portanto um real déficit de cidadania global.

Nesta linha de raciocínio, expondo o papel do poder público e privado, aduz Viviane Coelho de Séllos Gondim (2008, p. 132.)

A responsabilidade dos governantes vem se somar à responsabilidade social de empresas do setor privado e à conscientização da sociedade, vez que é de interesse comum que se efetivem os direitos fundamentais, o que permite a todos não apenas a busca como também o acesso à felicidade, especialmente no que se refere à educação básica de qualidade, saúde pública preventiva e atendimento clínico e hospitalar eficazes e moradia segura, com vistas à formação de cidadãos comprometidos com a organização da sociedade e trabalhadores capacitados para criar e educar seus filhos sem permitir que os mesmos sejam vítimas de abusos, e efetivar a democracia.

Quanto à importância da participação popular nos processos decisórios, assinala Piovesan (2012, p. 53):

É dever dos Estados encorajar a participação popular em todas as esferas como um importante fator ao direito ao desenvolvimento e à plena realização dos direitos humanos. Os Estados devem promover e assegurar a livre, significativa e ativa participação de indivíduos e grupos na elaboração, implementação e monitoramento de políticas de desenvolvimento.

Uma das barreiras mais expostas à universalização é a globalização econômica. Infelizmente não estamos diante de uma globalização ética, com desenvolvimento solidário conjunto e igualitário entre as diversas partes do mundo. Em realidade, a globalização econômica propõe a flexibilização de direitos sociais historicamente garantidos, visto que o capital e as crises financeiras impõem uma retração de direitos internacionalmente assegurados, o abandono de políticas públicas essenciais à dignidade e qualidade de vida dos povos, sejam políticas voltadas à saúde, educação ou segurança alimentar, de forma que o capital corrompe qualquer planejamento estatal, possibilitando a privação de uma ampla gama de direitos, dos quais mais necessitam minorias e excluídos. Substituem-se políticas sociais por políticas econômicas, agências humanitárias internacionais por agências financeiras como o FMI e o Banco Mundial.

Acerca da influência econômica negativa na promoção dos direitos humanos, nos assinala Flávia Piovesan (2012, pp. 57-58):

Há que romper com os paradoxos que decorrem das tensões entre a tônica incluyente voltada para a promoção dos direitos humanos, consagrada nos relevantes tratados de proteção dos direitos humanos da ONU (com destaque ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) e, por outro lado, a tônica excluyente ditada pela atuação especialmente do Fundo Monetário Internacional, na medida em que a sua política, orientada pela chamada “condicionalidade”, submete países em desenvolvimento a modelos de ajuste estrutural incompatíveis com os direitos humanos.

Já a intolerância e o desrespeito às diversidades dificultam a universalização dos direitos humanos, já que excluem e mitigam direitos de grupos vulneráveis como ciganos, estrangeiros, afrodescendentes, homossexuais, grupos que demandam maior reconhecimento em suas identidades, enfraquecendo a possibilidade de um reconhecimento amplo, universal, pluralista, um reconhecimento efetivo do direito à diferença.

Finalizando, com clareza didática, descreve Sidney Guerra (2011, p. 80), em sua importante obra intitulada *Direito Internacional dos Direitos Humanos*:

Não se pode olvidar que as normas protetivas dos direitos humanos se apresentam com natureza de *jus cogens*, com a consequente e progressiva afirmação da perspectiva universalista do Direito Internacional dos Direitos Humanos, cuja base axiológica da dignidade da pessoa humana impõe ao Direito Internacional o reconhecimento a todo ser humano, em qualquer parte e em qualquer época, de um mínimo de direitos fundamentais.

Postula-se em face dos direitos humanos universais, uma igualdade formal (legal) e material das diversas identidades, mediante adoção de políticas redistributivas afirmativas que impliquem na valorização de toda e qualquer diversidade cultural, social, conduzindo à autodeterminação dos povos com reconhecimento efetivo de suas diferenças.

Dentro desse contexto todo, importante anotar um aspecto que não poderíamos deixar de lado: mesmo tratando-se de um direito internacional em que a comunidade das nações tem a iniciativa e o dever de levar à frente a concretização dos direitos humanos, é a instituição política do Estado nacional que responde como agente implementador desses direitos e, também, como sujeito responsável pelo respeito aos mesmos. A responsabilidade do Estado no direito internacional é hoje uma questão pacífica na teoria jurídica internacional.

Trata-se de um papel de responsabilidade em dois sentidos ou em duas direções, o primeiro deles é dar visibilidade a esses direitos reconhecendo-os e incorporando-os na legislação constitucional como *lex maxima* dentre todo o corpo jurídico nacional; o segundo sentido deste papel estatal é assumir a responsabilidade de, ele próprio, levar adiante a implementação desses direitos sem tornar-se ele mesmo o transgressor ou permitir que os direitos do homem, individuais ou coletivos, sejam desrespeitados e transgredidos.

Nestes termos, pondera Piovesan (2008, p. 151) acerca da concepção contemporânea da universalização e responsabilização estatal:

A existência de normas universais pertinentes ao valor da dignidade humana constitui exigência do mundo contemporâneo... Se diversos Estados optaram por ratificar instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, é porque consentiram em respeitar tais direitos, não podendo isentar-se do controle da comunidade internacional na hipótese de violação desses direitos e, portanto, de descumprimento de obrigações internacionais.

A responsabilização do Estado em torno do reconhecimento e implementação dos direitos humanos, faz dele o guardião maior dos mesmos, o maior responsável, o último e o maior.... É assim que é entendido pelo direito internacional e é assim que as organizações internacionais o consideram.³

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vislumbramos uma mudança axiológica no direito internacional dos direitos humanos, um trespasse meramente contratualista, cujos tratados, pactos, convenções e declarações não deixam de ter a importância normativa que sempre tiveram, principalmente na fixação de padrões de conduta aos diversos Estados no que se refere à persecução e institucionalização dos direitos humanos no plano normativo, seja ele formal ou material, mas que são acrescidos à normas transnacionais de cunho humanitário.

Supramencionadas mudanças não excluem o contratualismo clássico, mas erigem de bases principiológicas mais amplas cuja interpretação aberta permite um maior espectro de ação. Trata-se de um direito internacional fulcrado na dignidade da pessoa humana, via adoção de bases supranacionais, de normas cogentes de vigência obrigatória a todos os Estados, relativizando a soberania e a territorialidade normativa no contexto humanitário.

Suas fontes carregam aos costumes internacionais, à busca de uma solidariedade e um constitucionalismo global decorrente única e exclusivamente da dignidade da pessoa humana, princípio garantia que emana não do Estado, mas do próprio homem. A existência do homem na terra por si justifica o respeito dos entes estatais, governos e instituições dele decorrentes ao paradigma maior circundante, um antropocentrismo de valorização humana decorrente de um historicismo construído por muitas lutas e conquistas.

Efetivamente há um pensamento reinante da importância do respeito ao ser humano, enquanto sujeito de direitos universais, invioláveis, irrenunciáveis e inalienáveis, destacando sua complementariedade multilateral entre diversos ordenamentos, fortalecendo a fixação de princípios protetivos no plano internacional, representando em síntese, a busca solidária por uma paz social.

3. Sobre esta questão é interessante a leitura de Fernando Urioste Braga. **Responsabilidad Internacional de los Estados en los Derechos Humanos**. Buenos Aires: Euros Editores, 2002.

A pretendida universalização dos direitos humanos encontra limitações endógenas, ou seja, regionalismos e peculiaridades estatais necessitam de uma relativização para que os ideários humanitários se façam presentes. Tais limitações enquadram-se na ausência de Estados laicos, relativismos culturais e na constatação de grandes diferenças de desenvolvimento social, científico e tecnológico, presença de governos autoritários, intolerância racial, étnica e religiosa, bem como a própria globalização econômica, a qual impõe a retração de políticas públicas via intervenções do mercado, minando investimentos em setores sociais importantes como educação, alimentação e saúde.

Ainda que a globalização econômica se faça presente, observamos o surgimento de uma contracorrente, o nascimento de uma globalização humanista, solidária, um movimento internacional integrado, uma força maior atuando em benefício de toda e qualquer resultante dos direitos: a dignidade da pessoa humana, fortalecendo a concepção transnacional junto ao campo jurídico, sobre a importância e a necessidade de uma integração constitucional, um constitucionalismo internacional dos direitos humanos. Enfim, surge um novo marco jurídico, um período, cujo direito maior é o direito universal aos direitos humanos.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- AGUADO, Juventino de Castro; CUNHA, Antonia Aparecida Mendes de Salles. Os princípios constitucionais, as lacunas do direito, o conflito de normas e a garantia dos direitos coletivos. In: **Revista do Tribunal Regional Federal – 3º Região**. v. 79. São Paulo. set e out, 2006, pp. 117-145.
- ALVARENGA, Lúcia Barros Freitas de. **Direitos humanos, dignidade e erradicação da pobreza: Uma dimensão hermenêutica para a realização constitucional**. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.
- ÂNGELO, Milton. **Direitos Humanos**. São Paulo: Editora de Direito, 1998.
- BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Direito Constitucional e Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRAGA, Fernando Urioste. **Responsabilidad Internacional de los Estados en los Derechos Humanos**. Buenos Aires: Euros Editores, 2002.
- ESPADA, Cesáreo Gutiérrez. **La responsabilidad Internacional de Estados y Organizaciones**. Murcia-España: DM Editor, 2012.
- GERAIGE NETO, Zaiden. **O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**. São Paulo: Revolta dos Tribunais, 2003.
- GONDIM, Viviane Coelho de Séllos. A exploração do trabalho infantil e sua erradicação como uma questão de direitos humanos. In: GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Balmant. **Direitos das Minorias e Grupos Vulneráveis**. Rio Grande do Sul: Unijuí, 2008.
- GUERRA, Sidney. **Direito Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LIMA, Marcelo de. O Estado vs. o Estrangeiro. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 74. 2011, pp. 289-318.
- MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Estado Constitucional e Neutralidade Religiosa – Entre o teísmo e o (neo)ateísmo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 9º ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

- _____ **Direitos Humanos e Justiça Internacional:** Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- RAMOS, André de Carvalho. **Teoria dos Direitos Humanos na Ordem Internacional.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n° 48, junho, 1997, pp. 11-32.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do direito internacional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

Marco Aurélio Pieri Zeferino é Bolsista pela CAPES e mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto UNAERP

<http://lattes.cnpq.br/5866333866155861>

marcoadv8@hotmail.com

Juventino de Castro Aguado é Professor do Programa de Mestrado em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto UNAERP, mestre em Sociologia Política pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo, doutor em História Social pela Universidade de São Paulo, pós-doutor pela Universidade de Coimbra.

<http://lattes.cnpq.br/5181479070540225>

juventinodecastro@yahoo.com.br

Zaiden Geraige Neto é Professor do Programa de Mestrado em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto UNAERP e Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP

<http://lattes.cnpq.br/3432857887990643>

zgneto@uol.com.br