

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

OS DIREITOS HUMANOS E SEUS PARADOXOS:

ANÁLISE DO SISTEMA AMERICANO DE PROTEÇÃO

Orientador: Professor Rogério Portanova

Mestranda: Caroline Proner



03430541

Fpoli
Curitiba, agosto de 2001

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

OS DIREITOS HUMANOS E SEUS PARADOXOS:

ANÁLISE DO SISTEMA AMERICANO DE PROTEÇÃO

Dissertação apresentada no Curso de Pós-Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Rogério Portanova

Curitiba, agosto de 2001

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
PROGRAMA DE MESTRADO

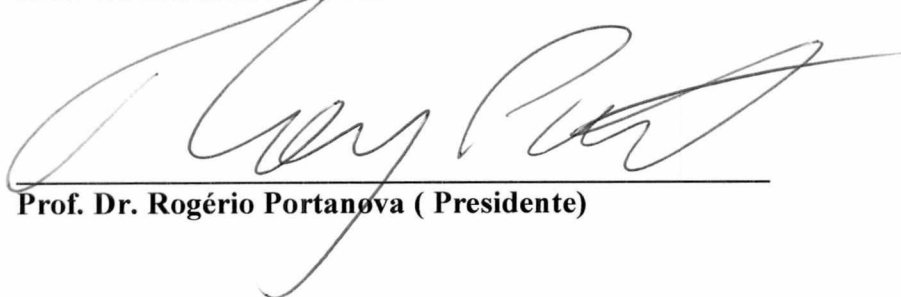
A dissertação intitulada OS DIREITOS HUMANOS E SEUS PARADOXOS:
ANÁLISE DO SISTEMA AMERICANO DE PROTEÇÃO

Elaborada por CAROLINE PRONER

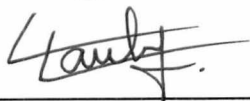
E aprovada por todos os membros da banca examinadora, foi julgada adequada
para a obtenção do título MESTRE EM DIREITO

Florianópolis, 31 de agosto de 2001

BANCA EXAMINADORA

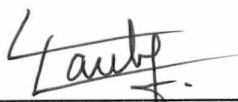


Prof. Dr. Rogério Portanova (Presidente)



Prof. Dr. Christian Guy Caubet (Membro)

Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève (Membro)



Prof. Dr. Christian Guy Caubet
Coordenador do Curso

*Réquiem de uma possibilidade perdida?
Ou vida intensamente vivida ?
Você iluminou a minha vida.*

Para meu Xixo, por seus olhos doces, por seu amor.

AGRADECIMENTOS

Este trabalho reproduz, nas entrelinhas, o momento de absoluta sensibilidade pelo qual atravessei durante estes últimos dois anos. Ao final, o resultado não é somente uma dissertação, mas idéias e valores que confronto diariamente à minha realidade. Estive grávida durante todo o percurso, grávida de idéias, grávida de Francisco e de Bárbara, grávida de felicidade, de sonhos e de projetos. Concluo essa fase da minha vida, mas não sem ajuda de muitos amigos.

Agradeço

aos professores Rogério Portanova, orientador e amigo que, com extrema sensibilidade, soube conduzir minhas idéias para além das fronteiras tradicionais, Welber Barral, a quem devo a coerência e a serenidade de meu trabalho e Christian Guy Caubet, pelo exemplo de coragem e ousadia que revela em todos os momentos de sua vida e por seu saber crítico e realista, que tive a honra de incorporar em algumas passagens do meu trabalho;

ao Clèmerson Merlin Clève, a quem admiro pela capacidade de acreditar nos seus sonhos e concretizá-los e, em nome de quem, agradeço a todos os professores e funcionários da Faculdades do Brasil;

à amiga Adriana Ricardo Schier, companheira que divide comigo as angústias e as alegrias da vida acadêmica e da maternidade;

aos meus queridos amigos Silmara Marchioretto, Raphael Rardy Fioravanti, Walkiria Nunes, Nicole Lemanczyk, Vanessa Bueno Buzza por não me deixar esquecer a importância da amizade para além das fronteiras da atuação profissional;

aos amigos Célio Horst Waldraff, Christiane Ferraiuolli, Cristina Schultz, David Sánches Rubio, Ernestina Auache, Flávio Benites, Katie Arguello, Marcela

Moraes Peixoto, Maria Dolores Galera, Mauro José Auache, Milena Peters, Nair Kresko, Óscar Correias, Paulo Ricardo Schier, Prudente Silveira Mello, Susan Mara Zilli que sempre me apoiaram e souberam dizer a palavra certa nas horas mais difíceis.

a minha amiga fraterna, Carli Couto, por me ensinar muito mais do que mil livros;

aos amigos e colegas de mestrado Ana Cláudia Secco, Giselda Cherem, Leonardo Carvalho, Willian Smith Kaku, Patrícia Lima, Karina Richter, Rosa Maria Rodrigues de Oliveira, Felipe de Mello Prando, pela amizade, solicitude e carinho;

ao meu “professor preferido” Joaquín Herrera Flores, por sua lucidez e inesgotável sabedoria, devo-lhe a alma de minhas idéias;

a Izabel Akiyoshi Loureiro, pela atenciosa e competente revisão ortográfica e gramatical de meu trabalho;

aos meus queridos irmãos André Luiz, pelo entusiasmo em ouvir meus escritos, e Rafael, que, mesmo distante, nunca me deixou desamparada de seu afeto. Ao meu pai, Rogério, por me acolher e proteger em todos os momentos. A minha mãe, Regina, por sua doçura e sabedoria;

aos meus pequenos, Francisco e Bárbara, que estiveram ao meu lado todos os minutos dessa trajetória e, mesmo com sua pouca idade, souberam compreender a importância do meu esforço;

finalmente, agradeço ao meu grande amor, Wilson Ramos Filho, por me surpreender todos os dias com sua contagiante paixão pela vida e por me ensinar que a realidade pode ser construída e reconstruída.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	8
CAPÍTULO PRIMEIRO – PRESSUPOSTOS PARA UMA VISÃO COMPLEXA DO SISTEMA AMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	19
1 Um sistema mundial de proteção dos direitos humanos	19
2 O paradoxo fundamental na proteção dos direitos humanos.....	26
3 Uma metodologia relacional.....	28
3.1 A ficção dos direitos humanos.....	29
3.2 Universalismo versus multiculturalismo	32
3.3 Um conceito relacional de direitos humanos.....	36
4 Para uma visão complexa do sistema americano de proteção dos direitos humanos	40
4.1 O direito ao desenvolvimento e à indivisibilidade dos direitos humanos	42
4.2 Democracia e direitos humanos: a inversão ideológica	46
CAPÍTULO SEGUNDO – SISTEMAS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	55
1 Introdução.....	55
2 O sistema universal e os sistemas regionais de proteção de direitos humanos	60
2.1 A proliferação do aparato internacional de proteção de direitos humanos	64
2.2 Órgãos e procedimentos para a proteção de direitos humanos.....	71
2.2.1 Sistema universal.....	72
2.2.2 Sistema europeu.....	78
2.2.3 Sistema africano	80
2.2.4 Sistema árabe.....	81
3 O sistema americano de proteção de direitos humanos	81
3.1 Antecedentes.....	83
3.2 Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem	84
3.3 Convenção Americana de Direitos Humanos.....	87
3.4 Comissão Interamericana de Direitos Humanos.....	88
3.5 Corte Interamericana de Direitos Humanos	96
CAPÍTULO TERCEIRO - PECULIARIDADES, LIMITES E AVANÇOS PROCEDIMENTAIS NO SISTEMA AMERICANO DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS.....	102
1 Introdução.....	102
2 Independência e imparcialidade dos membros da Comissão	104
2 Ambigüidade nas funções da Comissão.....	107
3 Autonomia do direito de petição perante a Corte.....	110
4 Participação direta dos indivíduos perante a Corte.....	114
5 Princípio do esgotamento dos recursos de jurisdição interna.....	119
6 Interpretação evolutiva e restritiva dos preceitos normativos	123
7 Natureza jurídica das declarações e dos tratados de proteção de direitos humanos.....	125
8 Eficácia das sentenças da Corte.....	130
9 Limite da responsabilidade estatal.....	134
10 Brasil e o sistema americano de proteção de direitos humanos.....	140
11 Exigibilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais	147
CAPÍTULO QUARTO – ENFRENTANDO O PARADOXO FUNDAMENTAL DOS DIREITOS HUMANOS	160
1 A Limitação Fundamental.....	160
2. Cosmopolitismo e anti-cosmopolitismo.....	175

2.1 Cosmopolitismo normativo	175
2.2 Cosmopolitismo de valores.....	179
2.3 Cosmopolitismo institucional	186
2.4 Anticosmopolitismo institucional	195
2.4.1 Existe igualdade legal entre Estados no modelo da Organização das Nações Unidas ?	196
2.4.2 A “anarquia internacional” justificaria um sistema planetário ?.....	198
2.4.3 A paz pode ser alcançada por meio do direito internacional cosmopolita ?.	201
2.4.4 Enfim, é preciso um Estado de direito planetário para que se efetive a proteção internacional dos direitos humanos ?	204
3 O sistema americano no contexto cosmopolita	208
CONSIDERAÇÕES FINAIS	215
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	218

INTRODUÇÃO

Estamos passando por um desencanto necessário. Temos que viver num mundo desiludido. Mas o mundo desiludido não é o mundo chão e prosaico dos interesses egoístas: é o mundo que se livrou da estupidez das soluções definitivas, do futuro radioso, do progresso indefinido e infinito: é um mundo estranho, terrível, patético, alucinante em que estamos, em que podemos e devemos arriscar nossas forças de amor, mas não dos falsos messias

Edgar Morin

A eleição do tema proposto para a execução deste trabalho sofreu drásticas modificações desde seu projeto inicial. Pensou-se, em um primeiro momento, limitar o objeto de estudo ao funcionamento da Corte Interamericana de Proteção dos Direitos e seus reflexos no direito interno brasileiro, vez que o país aceitou a jurisdição obrigatória desse tribunal há três anos. Sem dúvidas, um trabalho dessa natureza resultaria extremamente interessante, mas as pesquisas conduziram a outros rumos.

Seguiu-se um ano de pesquisa reunindo bibliografia a respeito do funcionamento dos organismos de proteção de direitos humanos no âmbito da OEA, mas, após a realização de um curso amplamente interdisciplinar, dirigido

especificamente ao tema dos direitos humanos,¹ outras áreas de interesse surgiram para mais adequada defesa do objeto delimitado. Nessa oportunidade, fez-se a opção por uma metodologia que permitisse a mesclagem de outras parcelas do conhecimento ao estudo do mesmo fenômeno². Mesmo correndo o risco de perder em objetividade, característica essencial de uma pesquisa científica, optou-se por analisar o funcionamento do sistema americano de proteção dos direitos humanos contemplando a perspectiva das relações internacionais, unindo os pontos de vista político, econômico e social, além do jurídico.

A motivação definitiva surgiu com a constatação de um paradoxo (que no trabalho é denominado *paradoxo fundamental*): ao mesmo tempo em que aumentam os textos internacionais, acordos e declarações que tratam de direitos humanos, também aumentam os casos de desigualdades e injustiças sociais em todo o mundo. As razões dessa constatação abrangem uma infinidade de aspectos, desde a fundamentação dos direitos humanos até a racionalidade meio-fim que se impõe como dominante e antinômica aos ideais de realização dos direitos.

Importante inicialmente se fez delimitar o que se entende por direitos humanos. Não foi objetivo do trabalho apresentar em detalhes todas as fundamentações acerca dos direitos humanos, mas, observando algumas características das principais teorias, conclui que apenas a corrente da *teoria das necessidades* é capaz de abranger o conceito de direitos humanos adotado no presente estudo.

¹ Primeira etapa do Curso de Doctorado de Derechos Humanos y Desarrollo, realizado na Universidad Pablo de Olavide, de janeiro a março de 2001, Sevilla, Espanha. As aulas eram divididas em módulos temáticos semanais envolvendo as mais diversas disciplinas dirigidas ao estudo dos direitos humanos: metodologia crítica (*metodologia relacional* que foi adotada no presente trabalho), fundamentação dos direitos humanos, instituições internacionais para a proteção dos direitos humanos, geografia crítica, urbanismo crítico, globalização e direito do trabalho, direito econômico e financeiro internacional, direito ambiental, feminismo, direito comunitário, filosofia e sociologia crítica, economia internacional, dentre outras disciplinas.

² A metodologia será apresentada no capítulo primeiro do trabalho.

O *enfoque jusnaturalista* defende a tese da existência de uma instância moral de fundamentação. A lei positiva seria um apêndice da lei eterna. Em decorrência disso, os direitos seriam auto-evidentes, racionais e universais. Esse enfoque moral está presente ainda hoje na redação da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

O *enfoque positivista* denuncia a ilusão do direito natural e de uma fundamentação absoluta. Para esta corrente, o direito decorre do Estado, do soberano. É expressão da vontade do Estado munido de força coativa. Mas não está isento de conteúdo moral. O positivismo reconhece dois âmbitos de direito: o moral e o jurídico. Os direitos humanos somente desfrutam proteção jurídica se ultrapassarem a esfera de moralidade e ingressarem no campo da legalidade. A diferença entre esta concepção e a anterior é que nesta a validade centra-se na força moral, enquanto que na segunda exigem-se procedimentos de criação normativa para que a validade se efetive.

A *fundamentação liberal dos direitos humanos* segue a tradição jusnaturalista de fundamentação, privilegiando os direitos civis e políticos. As expressões relacionadas com os direitos são enunciadas de forma genérica e abstrata (individualismo, liberdade, sistema político democrático, Estado de Direito, mercado regulador, distribuição de bens e recursos, funções do Estado, etc). Essa fundamentação se ramifica em duas correntes principais: 1) os *liberais libertários*, *anarquistas liberais* ou *neoliberais*³: como principais representantes estão F. Hayek⁴ e R. Nozick.⁵ Seguindo a tese kantiana, sustentam que os direitos são elementos inerentes ao caráter moral que segue o postulado de que o ser humano é “um fim em si

³ Classificação utilizada por PISÓN, José Martínez. *Derechos humanos: historia, fundamento y realidad*. Egido, Zaragoza, 1997, p. .

⁴ HAYEK, F. A. *Los fundamentos de la libertad*. 5ª ed. Madrid: Unión Editorial, 1991.

⁵ NOZICK, R. *Anarquia, Estado y Utopía*. México: Fondo de Cultura Económica, 1988.

mesmo”. Os direitos são invioláveis e intocáveis, inclusive para o próprio Estado. O indivíduo teria maior liberdade se os poderes estatais fossem restringidos. O governo seria responsável por manter a observância das normas gerais, utilizando-se de poder coativo frente a ameaças exteriores ou cuidando provisoriamente de certos serviços comerciais em condições específicas. “... *los derechos individuales no pueden ser concebidos más que como límites estrictos que ponen coto a lo que se puede hacer y a lo que no se puede a un individuo u a su propiedad.*”⁶ É, enfim, a teoria do direito de propriedade evidenciado como direito natural básico que permite ao homem ser dono de si mesmo.⁷ 2) os *liberais igualitários* ou igualitaristas: o principal representante é J. Rawls,⁸ seguido de R. Dworkin.⁹ Aqui a liberdade individual é sopesada por preocupações com critérios de igualdade e bem estar para todos. A teoria está baseada em três idéias principais: a) concepção prévia natural e moral do ser humano; b) um hipotético estado de natureza (posição original) tomado como marco inicial de discussão de direitos morais; c) um acordo final a respeito de dois princípios de justiça: princípio da igual liberdade e o princípio da diferença. O “véu da ignorância” representa condição prévia ao diálogo, pela qual devem se submeter as partes (seria uma espécie de “perda” ou “esquecimento” do conhecimento de todas as circunstâncias concretas de sua vida para encontrar os mais justos princípios possíveis a todos).¹⁰ Nessa perspectiva há, ao contrário do que propugna a corrente neoliberal, uma preocupação com pessoas que ocupam posição menos privilegiada na sociedade,

⁶ Idem, p.154

⁷ As críticas atacam principalmente a falta de preocupação com os direitos de prestação positiva, com a materialização efetiva dos direitos enunciados, mesmo os civis e políticos, restritos àqueles possuidores de propriedade, livres para contratar.

⁸ RAWLS, John. *Theory of Justice*. Oxford: University Press, 1971.

⁹ DWORKIN, Ronald. *Ética privada e igualitarismo político*. Barcelona: Paidós Estado y Sociedad, 1993

¹⁰ Um enfoque que muito se assemelha à ética comunicativa de J. Habermas e a “situação ideal de comunicação”.

em especial com aqueles que possuem limitações naturais.¹¹ Mesmo assim, a crítica denuncia que essa materialização de direitos adstringe-se aos direitos civis e políticos, relegando-se para segundo plano os sociais, econômicos e culturais em relação aos primeiros.

O neoliberalismo destaca-se como o modelo que estabelece as bases da economia capitalista ocidental atual. Segundo Nozick, para que alguém seja dono de si mesmo deve ter direito à propriedade, ou seja, é preciso ter propriedade para poder reivindicar a justo título. Não se toleram limitações a esse direito. Hayek tenta mostrar os fundamentos teóricos e metodológicos do capitalismo, afirmando que a sociedade de mercado é regida por uma “*ordem espontânea*”,¹² pela qual uma multiplicidade de elementos que se relacionam entre si (provenientes da atividade humana, mas não como consequência do desígnio humano). Esta ordem não foi projetada; possui força e organização próprias e que garantem a primazia do mercado e suas supostas vantagens para a liberdade individual.

A *fundamentação consensual dos direitos humanos* acredita na possibilidade prática de as pessoas com pontos de vista diferentes chegarem a um acordo. Como principais representantes estão C.O. Apel,¹³ com sua *pragmática transcendental*, e J. Habermas,¹⁴ com a *teoria da ação comunicativa*. Ambas as teorias pressupõem como elementos iniciais a disposição dos interlocutores de realizar um debate sério e rigoroso, pautado por princípios da sinceridade, honestidade e da responsabilidade. Esses pressupostos são estabelecidos buscando a formação de uma

¹¹ A posição igualitarista de Rawls entende que todos possuem direito aos recursos gerados pela sociedade, independentemente de que os tenha promovido. Para ele, os mais avantajados somente podem prosperar se os menos avantajados também prosperarem.

¹² HAYEK, p. 109.

¹³ APEL, K. O. *Escritos ético*. Barcelona: Alfa, 1986

¹⁴ HABERMÁS, J. *Conciencia moral y acción comunicativa*. Barcelona: Península, 1991.

“comunidade ideal de comunicação”, não limitada somente aos participantes, mas a um número ilimitado de pessoas em condições de igualdade. Perseguem como resultado um “consenso racional”, que, segundo Habermas, significaria a “coação não coativa do melhor argumento”.¹⁵ Sob o ponto de vista da efetiva proteção de direitos, a fundamentação consensual possibilita uma grande variedade de argumentos entre as mais diversas pessoas, constituindo um terreno fértil para a busca da melhor opção. Também pressupõe um avanço importante para o abandono da busca impossível da razão última para os direitos, como o faz o jusnaturalismo clássico.

A fundamentação moral dos direitos defende a idéia de um construtivismo ético, uma reconstrução do discurso moral, como consenso dos indivíduos. Como um dos principais representantes ergue-se C. S. Nino,¹⁶ cujas principais idéias são: a) os direitos humanos evidenciam-se como direitos morais porque seus titulares são pessoas morais; b) também se destacam como direitos morais porque se fundamentam em três princípios morais, o princípio da autonomia, o princípio da inviolabilidade e o princípio da dignidade da pessoa humana; c) os direitos humanos não são direitos universais, nem incondicionais. É uma teoria com clara inspiração liberal, que não oferece muito espaço para a reflexão de direitos sociais.

A fundamentação ética dos direitos humanos está assentada em um âmbito pré-jurídico, anterior ao reconhecimento positivo do direito. Sugere uma exigência ética de cumprimento, independentemente de sua posituação, implicando um dever moral, um direito subjetivo dos indivíduos. Vários são os representantes desta

¹⁵ Uma situação ideal de fala na qual os participantes atuam com o pressuposto de que não existe coação de nenhum tipo pautando seus argumentos. Para Habermas, o discurso que trata dos direitos e da moral deve ser necessariamente regido pelo princípio da universalidade como garantia da racionalidade HABERMAS. Op. cit., pp. 315-413.

¹⁶ NINO, C. S. *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. Barcelona: Ariel, 1989, p.47

corrente, destacando-se E., Fernandez¹⁷ e o que chama de “*fundamentação axiológica*” do direito, e A. E. Pérez Luño¹⁸ que defende um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, igualdade e liberdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em âmbito nacional e internacional.¹⁹

Enfim, a *teoria das necessidades e direitos fundamentais* pauta-se pelo conceito de “necessidades básicas” ou “necessidades fundamentais”. O que se pretende identifica-se como o abandono da visão abstrata do indivíduo e a busca da realização das situações reais, contextualizadas, incluindo no rol de direitos humanos, também os direitos sociais. A Escola de Budapest²⁰ segue nesta linha, fazendo uma releitura da tradição marxista nas teorias de G. Lukács e A. Heller. A principal dificuldade desta teoria centra-se na preocupação em definir o que seja “necessidade”, para diferenciá-la da acepção de desejo, preferência, interesse; somam-se a essa dúvida as dificuldades em estabelecer a hierarquia das necessidades, o problema de justificar a sua força normativa. As necessidades surgem da interação do homem com seu entorno, que é produto da ação humana em contínua evolução. As necessidades mudam, sofrem processos de complexidade, transformam-se à medida em que se modifica o mundo exterior ao indivíduo.²¹

¹⁷ FERNANDEZ, E. *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Madrid: Debate, 1987, p. 106

¹⁸ PEREZ LUÑO, A.E. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1988

¹⁹ Pérez Luño 1988, p. 46

²⁰ HERRERA FLORES, Joaquín. *Los derechos humanos en la escuela de Budapest*. Madrid: Tecnos, 1989.

²¹ Para essa teoria, as necessidades surgem ao mesmo tempo em que aparece a carência de algo cujas conseqüências podem ser perniciosas para a integridade física e psíquica da pessoa. As reais necessidades humanas não satisfeitas podem levar alguém à “não existência”. As características mais marcantes do que sejam necessidades: 1) são básicas quando se constituem em condição *sine qua non* para se levar uma vida digna; 2) são objetivas, produzindo estragos na estrutura física do sujeito; 3) são generalizáveis, estendidos a toda a população do planeta; 4) são históricas, mutantes.

Para essa corrente, a existência de uma necessidade implica o direito à sua satisfação. Há um nexos causal entre o “ser” das necessidades e o “dever ser” moral de sua satisfação. Esse entendimento poderia gerar a inconveniente confusão entre necessidade e direito. A conclusão dos autores em geral é a de que existe uma relação lógica entre o reconhecimento da necessidade e sua satisfação mas eles não se confundem. A constatação da necessidade apresenta-se como um bom argumento para a fundamentação dos direitos: *La teoría de las necesidades en relación con los derechos humanos es útil sobre todo a la hora de ofrecer argumentos de fundamentación de los derechos, y no para establecer directamente la existencia de los mismos.*²²

Essa última perspectiva contém os pressupostos da indivisibilidade e da interdependência de todos os direitos humanos, de todas as chamadas “gerações” de direitos humanos para a realização plena do ideal de ser humano.²³ Essa é a concepção adotada neste trabalho. Alguns limites existentes no sistema americano de proteção dos direitos humanos (e, em última instância, em todo o sistema internacional) somente serão compreensíveis se tomados conjunta e indissociadamente tais direitos.

Também não será objeto deste trabalho o estudo das “necessidades fundamentais”. Parte-se do pressuposto que as culturas são mescladas e incompletas (não existem culturas puras) e que cada uma possui necessidades distintas das demais. Esse posicionamento se opõe à visão universalista dos direitos humanos (absolutização de uma concepção ocidental de direitos humanos, definido pela Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948) e também se opõe aos chamados “relativismos

²² LUCAS, J. de.y AÑON, M. J.. “Necesidades, razones, derechos”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía de Derecho*, 7, pp.55-81.

²³ Contraopondo-se a concepções de direitos humanos que os tomam como algo puro, transcendente, universal por sua própria essência.

culturais” ou “particularismos” (que ao final também resultam na imposição de um único modelo, ou seja, na absolutização de um particularismo).

No extremo de buscar um “mínimo universal”, encontra-se algo que possa ser universalizado. Adota-se aqui a teorização de Joaquín Herrera Flores, que considera como universal válido para toda as culturas: “*garantizar a todos la posibilidad de luchar por la dignidad humana*”. A maior violação de direitos humanos consiste, segundo o autor, em impedir que algum indivíduo, grupo ou cultura possa lutar por seus objetivos éticos mais gerais.

Partindo desses pressupostos – da indivisibilidade de todos os direitos e dos direitos humanos como processos de luta e de ação social – passa-se a analisar o funcionamento normativo do sistema americano, em comparação com o sistema europeu e com o sistema das Nações Unidas, sempre tendo em mente a existência do já referido paradoxo. Não se trata de um trabalho dogmático. Mas da utilização da estrutura e da dinâmica de funcionamento do sistema americano para que se chegue à compreensão de um fenômeno não muito animador: os limites do sistema dominante (racionalidade meio-fim do sistema dominante).

No primeiro capítulo trabalhou-se tanto a *metodologia relacional*, nos moldes desenvolvidos por Herrera Flores, quanto os pressupostos para a análise do sistema americano de proteção dos direitos humanos.

No segundo capítulo, procurou-se demonstrar a inter-relação entre os sistemas ditos “regionais” de proteção internacional de direitos humanos e o sistema “universal” da Organização das Nações Unidas. Além dessa correlação, outras, procedimentais, também delineiam um único modelo de fundo para todos os sistemas

internacionais de proteção de direitos. Todos os sistemas estão matizados pela mesma formulação de direitos humanos derivada da Declaração Universal de 1948 e dos dois Pactos Internacionais de Direitos Humanos (Civis e Políticos, de um lado, e Sociais, Econômicos e Culturais, de outro).

Tal capítulo contém uma parte descritiva dos documentos e mecanismos de proteção de direitos humanos do sistema ONU e dos sistemas regionais, além da descrever o processo perante a Comissão Americana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Proteção de Direitos Humanos. Por serem seções bastante descritivas, o leitor que já possui conhecimento do sistema americano poderá seguir diretamente ao capítulo terceiro, o qual procura relatar um pouco da dinâmica de funcionamento dos órgãos americanos de proteção internacional de direitos humanos (Comissão e Corte).

Portanto, o capítulo terceiro procura delinear os avanços e limitações procedimentais do sistema americano, comparando-o aos avanços e limites existentes no sistema europeu e universal. É nessa parte que o estudo se dedica à análise dogmática, valendo-se das opiniões de importantes internacionalistas que vislumbram progressos no direito internacional dos direitos humanos.

Por fim, o quarto capítulo volta a mesclar elementos de relações internacionais e política internacional em função do paradoxo inicialmente apresentado. Procurou-se reunir suposições comuns de diferentes pensadores, elaborando-se quatro perspectivas com opiniões distintas a respeito de três elementos: o papel do Estado-Nação, a universalidade dos direitos humanos e a necessidade (ou não) da instituição de um governo planetário, sob a égide das Nações Unidas, para a proteção dos direitos humanos.

A pesquisa buscou, como objetivo fundamental, demonstrar a incoerência entre a normatividade crescente no plano internacional acerca da proteção dos direitos humanos – que supõe estar progredindo – e a realidade. Alguém poderia afirmar que de nada vale um trabalho de investigação que denuncia o óbvio: entendendo-se como evidente a configuração do *paradoxo fundamental* aqui explicitado. Mas vale lembrar apenas alguns dados estatísticos que seguem em outra direção: no Brasil há 50 milhões de indigentes, na África do Sul há 4,2 milhões de infectados pelo vírus HIV, na Zâmbia, a expectativa de vida é de 41 anos e a desnutrição atinge 45% da população e nos EUA, 19,1% da população vive abaixo da linha de pobreza.²⁴

Tais estatísticas evidenciam-se como elementos suficientes capazes de demonstrar que a suposta obviedade e a também suposta intensificação do grau de conscientização mundial com relação às violações de direitos humanos se constitui em um *outro* paradoxo.

²⁴ Relatório organização pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). Outros dados sobre o Brasil: até 1999, 15,1 milhões de pessoas (9%) viviam com US\$ 1 por dia e 22% da população – praticamente 1 a cada cinco brasileiros (ou 37 milhões de pessoas) – estava abaixo da linha de pobreza. Os 10% mais ricos consomem 46,7% da riqueza do país, enquanto que os 10% mais pobres consomem 1% do total. *Folha de São Paulo*, Brasil, 10 de julho de 2001.

CAPÍTULO PRIMEIRO – PRESSUPOSTOS PARA UMA VISÃO COMPLEXA DO SISTEMA AMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

1 Um sistema mundial de proteção dos direitos humanos

A proteção dos direitos humanos no plano internacional reveste-se de nova importância após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada em 1948. Com esse documento, somado aos dois pactos de direito – Pacto de Direitos Civis e Políticos e Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - aprovados em 1966, os direitos humanos consagrados no sistema da Organização das Nações Unidas (ONU) passam a repercutir em todo o mundo nos mais diversos espaços.

O sistema das Nações Unidas é conhecido como “sistema universal” de proteção, pois os princípios e valores que emanam de seus documentos destacam-se como fonte direta para a consagração de direitos em declarações e convenções dos chamados sistemas “regionais” de proteção de direitos humanos – europeu, americano, africano e árabe.²⁵

O sistema americano de proteção de direitos humanos é fruto dessa influência e garante praticamente o mesmo grupo de direitos que o sistema ONU.²⁶

²⁵ No plano interno, os direitos humanos também passa a ser amplamente reconhecidos. Pison afirma que não há Constituição aprovada no século XX que não expresse um rol de direitos e garantias fundamentais. Ainda que na maioria dos países em desenvolvimento tais normas não passem de meros dispositivos formais de aplicação, as normas ajudam a instrumentalizar o debate em torno dos direitos do homem, ao mesmo tempo em que conferem legitimidade ao Estado. PISON, José Martínez. *Derechos humanos: historia, fundamento y realidad*. Zaragoza: Egido, 1997, p. 15.

²⁶ A estrutura também é semelhante: Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, Convenção Americana dos Direitos Humanos ou Pacto de San José da Costa Rica de 1969 (que trata

Além dos mesmos direitos reconhecidos,²⁷ há também uma tendência de complementação e de uniformização dos diversos sistemas de proteção quanto a seus procedimentos.²⁸ Essa tendência inclui até mesmo a utilização de métodos idênticos na solução dos conflitos entre normas internacionais (aplicação do *principio pro vítima*, por exemplo).

Nesse contexto de universalização de direitos humanos e padronização de procedimentos e mecanismos internacionais de proteção, têm sido freqüentes os debates entre internacionalistas, cientistas políticos, sociólogos, filósofos, economistas, enfim, pensadores que se interessam pelo tema dos direitos humanos e que passam a se preocupar com alguns aspectos pontuais desse processo: o questionamento do papel do Estado-Nação, a polêmica universalismo *versus* multiculturalismo dos direitos humanos, e a necessidade (ou não) da constituição de um governo global dirigido pelas Nações Unidas.²⁹

O tradicional modelo de Estado tem sido questionado por sua suposta incapacidade em proteger e promover efetivamente os direitos humanos. Muitos são os críticos do chamado *welfare state*. Seus principais argumentos centram-se na incapacidade estrutural de um Estado quando se trata de garantir direitos em razão da complexa interdependência de fenômenos e processos que atinge a todos os Estados

basicamente dos direitos civis e políticos) e o Protocolo Adicional à Convenção – Protocolo de San Salvador, de 1988 – sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

²⁷ Comparando os sistemas europeu e americano, Clémerson Clève salienta que, embora o tratado americano tenha se inspirado na experiência européia, incorporou também toda uma herança jurídica pan-americana, além da influência do pacto de direitos civis e políticos da ONU. O pacto americano adotou uma “vocação totalizadora”, direcionada ao reconhecimento de um conjunto maior de direitos e não restrita a uma categoria específica. CLÉVE, Clémerson M. *Temas de direito constitucional e de teoria do direito*. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 137.

²⁸ Tal tendência é mais visível nos sistemas europeu e americano.

²⁹ Uma das grandes dúvidas dos estudiosos de direitos humanos reside na definição do discurso acerca dos direitos humanos, se é universalmente válido ou é uma imposição cultural ocidental e se, independentemente da resposta, existe a necessidade de se universalizarem consensos para um diálogo mundial, através apenas das trocas culturais, ou se há necessidade de uma instituição responsável por essa tarefa.

em todo o globo. A chamada globalização não seria compatível com o modelo tradicional de Estado.³⁰

Muitos partidários dessa concepção a respeito do Estado proclamam a necessidade de um *governo global*; uma instituição planetária representando todos os países e capaz de estabelecer normas sobreestatais com força obrigatória, sob pena de sanção por um organismo global especialmente designado para exercer essa função coercitiva. Essa instituição global poderia vir a ser a própria ONU, desde que suas estruturas sofressem um processo de democratização para evitar a flagrante assimetria de poder que ocorre atualmente.³¹

³⁰ Antony Giddens – criador da teoria sobre a *terceira via* – opina que o modelo *welfare state* não pode mais ser defendido, e apresenta as seguintes razões: o conceito de cidadania agora abrange setores inteiros da população; a competição econômica global provoca problemas redistributivos no *welfare state*; o *welfare state* não tem sido eficiente em se opor à pobreza e aos reveses nas rendas dos indivíduos durante o ciclo da vida; o *welfare state* está ligado a um modelo implícito ou aberto de família tradicional e sistemas de gênero; a *dependência previdencial* é um fenômeno real e conduz a uma situação na qual os beneficiários se tornam alienados da ordem social em seu sentido mais amplo; as burocracias do *welfare state* tendem a se transformar em inflexíveis e impessoais; se o *welfare state* um dia serviu para assegurar o “pleno emprego”, hoje não mais é possível; o *welfare state* apresenta profundos problemas fiscais; o *welfare state* se restringe a aspectos econômicos, deixando de lado as preocupações emocionais, morais e culturais. O autor procura defender um modelo de Estado que se opõe ao *welfare state*. Esse Estado é mínimo, promocional do capital e está estruturado sob o trabalho informal. GIDDENS, Anthony. *Para além da esquerda e da direita*. São Paulo: UNESP, 1995, p. 91. Ver também GIDDENS, Anthony. *La tercera via e sus críticos*. Madrid: Taurus, 2001, pp. 65-94.

³¹ Os que advogam um cosmopolitismo democrático pretendem reformar a ONU para transformá-la em uma “assembleia democrática” dedicada – além da promoção da paz, a proteção dos direitos dos povos e dos indivíduos, também a basicamente cinco propostas: 1) abolição do poder de veto das cinco grandes potências, talvez em conexão com a ampliação do Conselho de Segurança que seja sensível aos desenvolvimentos demográficos, econômicos e militares; 2) criação de uma nova Assembleia, seja paralelamente à Assembleia Geral ou em substituição a ela. A nova Assembleia estaria representada por povos e organizações voluntárias (ONG’s). Outras propostas estão baseadas na abolição completa do Conselho de Segurança e na reformulação total das Nações Unidas segundo o esquema clássico da democracia representativa aplicado à cidadania global; 3) Reforçar a administração da justiça internacional mediante a reforma do Tribunal Internacional de Justiça; 4) Reformar as instituições financeiras e monetárias, especialmente o Fundo Monetário Internacional, o Banco Mundial e a Organização Mundial do Comércio, tendo em vista a emancipação de países que estão subordinados às políticas econômico-financeiras ocidentais; controle geral sobre a produção e o comércio de armas com o fim de lograr um desarmamento geral gradual, mantendo para a organização apenas funções limitadas de polícia internacional. ZOLO, Danilo. *Cosmópolis: perspectiva y riesgo de un gobierno mundial*. Barcelona: Paidós Estado y Sociedad, 1997, pp.76-77.

Opinam esses autores – que no presente trabalho serão inseridos na perspectiva do *cosmopolitismo institucional*³² – que a função de um governo global teria como principal objetivo a promoção da paz e da justiça social, tarefas que se alicerçam nos conceitos ocidentais de democracia, cidadania, desenvolvimento, progresso e direitos humanos. Em suma, tal governo estaria estruturado tendo como paradigma a universalidade dos direitos humanos consagrada pelo sistema das Nações Unidas.

Outros autores, que também consideram que o modelo tradicional de Estado deve ser superado, sustentam que o mundo assiste a uma degradação tão feroz de seus recursos ambientais, minerais e humanos que somente um governo planetário seria capaz de conter a devastação provocada pelos Estados ou por empresas dentro dos Estados. Para esses autores – que estão inseridos na corrente do *cosmopolitismo de valores*³³ – a universalidade dos direitos humanos oferecida pelo modelo das Nações Unidas não se mostra efetivamente capaz de garantir outros direitos que afetam outras culturas, outros modelos alternativos de desenvolvimento, outros valores que não os da cultura dominante.

³² Defendem a universalização de valores e princípios a partir de uma instituição central/global, sendo essa instituição responsável pela promoção de tais valores a todos os Estados com o fim último de alcançar a paz duradoura entre as nações. David Held, Richard Falk, Norberto Bobbio, Antônio Cassesse, Antony Giddens, são alguns dos representantes dessa perspectiva e apresentam propostas concretas para conduzir um processo de redemocratização das Nações Unidas. Tais propostas serão tratadas no capítulo quarto do presente trabalho.

³³ O cosmopolitismo é utilizado nessa perspectiva para designar um conjunto de valores que transcende as fronteiras nacionais em razão de sua importância estar relacionada com algum bem considerado *bem humanitário* (ou *herança comum da humanidade*, em SANTOS, M. *Por uma outra globalização*. São Paulo: Record, 2000) ou por estar relacionado com o próprio ser humano, condição que independe de fronteiras estatais. Para os autores dessa corrente – Boaventura de Sousa Santos, Edgard Morin, Michel Serres, Milton Santos, Rogério Portanova, Adela Cortina, Fritjof Capra, Arnold Toynbee – os direitos humanos independem de território específico. O ser humano é cidadão do mundo e mesmo a natureza pode ser objeto de direitos. Trabalham com a idéia da sobrevivência das espécies, do esgotamento dos recursos que possibilitam a vida humana, da herança global, da cidadania planetária, do contrato natural e de outros valores que devem estar acima de qualquer direito estatal e de qualquer ordem mundial capitalista.

Existem ainda autores que não compartilham tal opinião a respeito da falência do Estado. Seguem acreditando não só que o plano estatal pode ser efetivo na proteção de direitos dos seres humanos, como também que o Estado possibilita o caminho mais rápido para se lograr a proteção de direitos convencionados em pactos internacionais. O Estado continua sendo o principal sujeito de direito internacional. Para esses autores – inseridos na perspectiva denominada *cosmopolitismo normativo*³⁴ – a soberania estatal continua tendo enorme importância para garantir aos Estados a autonomia e a independência em relação aos demais Estados e organismos internacionais. Parte desses autores afirma, no entanto, que o princípio da soberania deve ser revisto quando se trata de direitos humanos, pois, nesse caso, a natureza dos direitos seria superior à natureza do direito estatal. Nesse sentido, o Estado teria a obrigação de respeitar os direitos humanos sem a possibilidade de alegar, como razões para o descumprimento, os princípios da soberania e da não-intervenção. Haveria a necessidade de uma cooperação estatal com o direito internacional de proteção dos direitos humanos. Tais autores são partidários da proliferação de documentos e mecanismos que protejam os direitos humanos no plano internacional e não fazem oposição ao perfil universalista adotado na redação desses documentos.

Por fim, outros autores também defendem a importância do Estado-Nação, não tanto como um ente capaz de proteger e promover direitos humanos, e sim como sujeito de direito internacional com possibilidade de se opor às imposições ditadas pelas grandes potências em todas as áreas da vida humana – social, política,

³⁴ Como representantes dessa perspectiva fazem parte Cançado Trindade, Pedro Nikken, Thomas Buergenthal, dentre outros. Tais autores acreditam, por um lado, no aprimoramento normativo dos regulamentos dos órgãos internacionais como possibilidade de lograr maior efetividade no sistema internacional de proteção (como por exemplo a possibilidade de acesso direto da vítima às cortes internacionais de proteção de direitos humanos) e, por outro, no comprometimento progressivo dos Estados com a proteção internacional dos direitos humanos (por meio do aumento de ratificações de tratados internacionais que protejam direitos e pelo acolhimento de tais direitos no plano interno).

econômica, cultural. Para essa linha de pensamento – chamada aqui de *anticosmopolitismo institucional*³⁵ – o modelo trazido pelo sistema ONU de proteção de direitos humanos nada mais faz do que reproduzir os princípios e valores de uma sociedade pautada pela hierarquia e assimetria econômica, que privilegia os grandes interesses, tanto de alguns países ricos quanto das grandes corporações transnacionais.

Acreditam que o sistema que fundamenta o modelo ONU tem como objetivo o funcionamento do próprio sistema capitalista mundial e sua manutenção. Portanto, estabelece meios para a reprodução e manutenção de seus alicerces, dentre os quais se esconde uma meticulosa e sedutora estrutura de consagração de direitos humanos, presente no sistema universal e reproduzida nos sistemas regionais e nas cartas constitucionais dos Estados. A universalidade dos direitos humanos consiste, para esses autores, em um poderoso instrumento cultural de imposição dos valores e princípios que servem de sustentação para o “sistema capitalista mercadocêntrico”.³⁶

Cada um desses pontos de vista – os cosmopolitismos e o anticosmopolitismo institucional – reconhece a multiplicação vertiginosa de violações de direitos humanos nos dias de hoje e, diante disso, procura desvendar as razões para esse aumento incessante. Essa discussão será apresentada no último capítulo do

³⁵ Para tais autores, dentre os quais estão Danilo Zolo, Noam Chomsky, Franz Hinkelammert, Joaquín Herrera, David Sánchez Rubio, a suposição que fundamenta a existência de um *governo global da ONU* é falsa e nada mais faria do que perpetuar a relação de dominação geopolítica e geoeconômica que sempre predominou na estrutura internacional. Essa manipulação institucional pode ser medida pela atuação do Conselho de Segurança da ONU, órgão formalmente encarregado de promover a paz, mas que na prática realiza os objetivos específicos das grandes potências, aliados aos grandes interesses econômicos (exemplo das *intervenções humanitárias*, das guerras do Iraque, de Kosovo, etc.) Os autores da filosofia, que podem ser enquadrados nessa corrente, identificam uma certa *lógica perversa* que domina a organização e que utiliza vários meios em várias frentes. O sistema de proteção de direitos humanos seria mais um desses meios, funcionando algumas vezes como pura retórica e, outras vezes, como garantia de funcionamento do próprio sistema.

³⁶ Franz Hinkelammert faz referência a essa “ordem dominante” chamando-a de “ética do mercado capitalista totalizante”, que se impõe como absoluto e inevitável e condiciona a existência de todas as instituições e direitos à sua própria existência. A ética do mercado será analisada no último capítulo desse trabalho. HINKELAMMERT. Mimenografado. Seminário: *Los derechos humanos frente a la globalidad del mundo*. Curso Doctorado Derechos Humanos y Desarrollo, de 5 a 9 de febrero de 2001, p. 19.

presente trabalho, mas percebe-se desde logo que alguns autores atribuem como razão à incapacidade de o Estado cumprir funções sociais e políticas; outros argumentam que a razão reside na falta de cooperação estatal em matéria de direitos humanos; outros ainda afirmam que a “exclusão”³⁷ destaca-se como elemento obrigatório e inevitável nessa sociedade “mercadocêntrica”.

Diante de tantas perspectivas, como entender a importância do sistema americano de proteção de direitos humanos? O sistema americano, já inserido no marco normativo do modelo da Carta de Direitos Humanos das Nações Unidas,³⁸ pode ter analisados os seus documentos e órgãos para que sirvam como uma “amostra” do modelo universal, pois, como será visto nos capítulos seguintes, os avanços e limitações são comuns a todos os sistemas.

Antes, contudo, de iniciar a análise normativa e procedimental do sistema americano e suas correlações com o sistema europeu e universal, importa fixar alguns pressupostos teóricos que estarão presentes ao longo de todo o trabalho, a fim de instrumentalizar a análise acerca da importância do sistema americano para a efetiva proteção de direitos humanos.³⁹

³⁷ Expressão utilizada para definir situações de pessoas – excluídos – que não se beneficiam do estatuto “normal” de cidadania, democracia, direitos humanos que se impõe como dominante no modelo de sociedade capitalista mercadocêntrico.

³⁸ A expressão “Carta de Direitos Humanos das Nações Unidas” refere-se ao conjunto da Declaração Universal de dos dois Pactos de Direitos de 1966.

³⁹ Ao longo do trabalho serão analisadas as particularidades desse sistema: o momento histórico em que foi idealizado, o momento histórico em que surgiu, os novos documentos e pactos, funcionamento dos órgãos específicos para a proteção de direitos humanos, avanços e limitações. Essas características serão confrontadas com a realidade de crescente violações de direitos humanos e com as quatro perspectivas – *cosmopolitismos* – já anunciadas.

2 O paradoxo fundamental na proteção dos direitos humanos

A tendência à proliferação de documentos e organismos internacionais de proteção de direitos humanos remete a uma pergunta inevitável: como é possível haver a multiplicação de mecanismos, documentos, órgãos e constituições que tratem de direitos humanos ao mesmo tempo em que ocorre um vertiginoso crescimento de violações de direitos humanos em todo o mundo ?

Esse é o paradoxo que se evidencia e que, aqui neste trabalho, será tratado como “paradoxo fundamental”: simultaneamente ao processo de aperfeiçoamento dos mecanismos de proteção de direitos nos planos nacional e internacional manifesta-se outro processo: as crescentes violações de direitos humanos em todo o planeta. Nunca houve na história um aumento tão significativo de casos de violação de direitos, tanto em quantidade, quanto em novas modalidades.⁴⁰

A existência desse paradoxo exige uma postura diferente do observador. Não basta analisar a proteção internacional dos direitos humanos apenas pelos avanços normativos dos sistemas de proteção. Nenhuma Carta de princípios é, por si só, garantia de concretização de direitos.

⁴⁰ O Índice de Desenvolvimento Humano, indicador elaborado pela ONU utilizado para medir a qualidade de vida das pessoas nos diferentes países, apresentou como resultado neste ano de 2001 e alguns dados chamam a atenção: 1) 14% dos norte-americanos vivem com menos de US\$ 11, 00 por dia. No *ranking* de pobreza humana, os Estados Unidos apresentam a pior situação entre os 17 países mais ricos listados: 15,8% dos norte-americanos sofrem graves privações, principalmente quanto à longevidade e ao conhecimento (a cada mil bebês nascidos nos EUA entre 1999 e 2000, 128 não devem chegar aos 60 anos de idade, e 20,7% da população adulta é considerada analfabeta funcional); 2) Todos os últimos 28 colocados no *ranking* do IDH são países africanos. O país com índice mais baixo é Serra Leoa, onde a expectativa de vida é de apenas 39 anos e o analfabetismo atinge 32% dos adultos. Na Zâmbia, a expectativa de vida é de 41 anos e a desnutrição atinge 45% da população. Além da Zâmbia, outros 11 países africanos apresentam retrocesso no IDH: Zimbábue, Botsuana, Burundi, Congo, Lesoto, Camarões, Quênia, África do Sul, Suazilândia, Maláui e Namíbia. A África do sul tem 4,2 milhões de infectados por pelo vírus HIV. A expectativa de vida no país caiu de 60 anos, em 1990, para 53, em 1999, por causa da doença; 3) O Brasil está na 69º lugar no IDH e em 17º lugar no *ranking* de pobreza humana, apontando 34,8 mortes por mil nascidos vivos, expectativa de vida de 67,5 anos e analfabetismo de 15,1% em 1999. Um estudo da Fundação Getúlio Vargas divulga estatística mostrando que o Brasil possui 50 milhões de indigentes (29,3% da população), dos quais 45% são brasileiros com menos de 16 anos. Jornal Folha de São Paulo, Brasil, 10 de julho de 2001.

Considerar apenas os avanços normativos do sistema americano de proteção internacional de direitos humanos – análise formal – não possibilita entender o “paradoxo fundamental”. A análise estaria restrita a uma conclusão abstrata, distante da realidade, evidenciando um contraste aberrante entre os objetivos de existência dos sistemas de proteção internacional (efetivação dos direitos humanos) e os resultados obtidos mediante a atuação dos órgãos internacionais de proteção de direitos humanos que festejam avanços procedimentais.

Portanto, o paradoxo pode ser compreendido considerando a existência de duas lógicas, uma formal e outra dialética ou concreta. Para Michel Mialle, a lógica jurídica é a lógica formal, constituída pelo conjunto das regras que definem os termos e os modos de utilização desses termos para que o pensamento seja coerente. A lógica funciona como um código, não facilmente mutável. Seguindo essa mesma lógica, o sistema jurídico trabalha para a sua própria unidade, evitando que apareçam contradições dentro do sistema. Dentro da lógica jurídica não coexistem várias verdades. A lógica dialética ou concreta, para ser definida, necessita da compreensão da realidade, que é movediça, múltipla e contraditória. *“O real é mais que o complexo, e o complexo é movimento, onde nada continua a ser o que era. A lógica procura uma solução ajustada à natureza das próprias coisas, às situações particulares. (...) No confronto entre essas duas lógicas surgem problemas essenciais.”*⁴¹

No momento em que a lógica dialética passou a servir de quadro para uma reflexão jurídica, os conceitos jurídicos deixaram de ser universais e imutáveis, passaram a ser conceitos concretos, com um conteúdo rico de múltiplas determinações nascidas de certas estruturas históricas.

⁴¹ MIALLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. 2 ed. Lisboa: Estampa, 1994, p. 176.

O que se propõe neste trabalho é ir além de uma análise formalista e tentar perceber o sistema americano de proteção de direitos humanos como um sistema que funciona em um contexto mais amplo que o essencialmente jurídico. Tal análise parte de uma *metodologia relacional* nos moldes propostos por Joaquín Herrera Flores.⁴²

Segundo esse autor “*Debemos conocer cuál es el contexto en el cual estamos situados. Solo así reconoceremos los cambios y transformaciones que dicho contexto impone a los derechos, y, desde ahí, plantear nuevas formas de lucha y de acción social.*”⁴³

3 Uma metodologia relacional

Adotar-se-á, portanto, a metodologia desenvolvida por Herrera Flores e sua *visão complexa ou impura dos direitos humanos*, uma visão que se afasta do modelo tradicional de interpretação desses direitos como algo puro, metafísico, transcendental. As acepções tradicionais de análise tendem a reproduzir simbolicamente a imagem de investigadores e atores sociais que se satisfazem unicamente com a *luz* que procede de um só foco ideológico e depreciam o amplo mundo de *sombras* que se projeta para além dessa visão. Esta tendência produz a segurança de um mundo particular, considerado único, universal.

⁴² HERRERA FLORES, Joaquín; HINKELAMMERT, Franz J.; RUBIO, David S.; GUTIÉRREZ, Germán. *El Vuelo de Anteo*. Desclée de Brouwer, Bilbao: 2000. Grande parte dos trechos incorporados a esse capítulo são paráfrases do artigo *Hacia una visión compleja de los derechos humanos* de Joaquín Herrera Flores que compõe a obra citada.

⁴³ HERRERA FLORES e outros. Op. cit., p. 23.

3.1 A ficção dos direitos humanos

Em um elogio ao *impuro*, Herrera ensina que não existem culturas puras e que tal construção decorre de uma ficção que é aplicada ao processo de construção social da realidade:

*Para conocer un objeto cultural, como lo son los derechos humanos, se debe huir de todo tipo de metafísica u ontologías transcendentales (...) Así, mundanizamos el objeto y el análisis no se quedará en la contemplación y control de la coherencia interna de las reglas, sino que se extenderá a descubrir y potenciar las relaciones que dicho objeto tiene con el mundo híbrido, mezclado e impuro en el que vivimos.*⁴⁴

Nesse sentido, os direitos humanos devem ser estudados e levados à prática, primeiramente apoiados em um saber crítico que desvele as eleições e os conflitos de interesse que se escondem atrás de todo debate repleto de ideologia⁴⁵ e, em segundo lugar, inserindo-o nos contextos sociais, culturais e políticos nos quais necessariamente nascem, se reproduzem e se transformam.

Nessa mesma linha inclui-se Michel Miaille que, ao referir-se aos *obstáculos epistemológicos*, diz que a ciência jurídica, tal qual é vista hoje, não passa de uma representação, uma imagem do mundo do direito sem explicações: *“a ciência jurídica vai tomar como certa a imagem que lhe transmite a sociedade e tomá-la pela realidade. A sociedade afirma-nos que o Estado é a instituição encarregada do interesse geral? A ciência jurídica responde em eco com uma teoria inteiramente fundada na noção do interesse geral.”*⁴⁶ O Estado é reduzido ao estatuto de noção que se explica por outra noção: a de interesse geral. Qualquer problema nas instituições

⁴⁴ Idem, p. 21.

⁴⁵ Por ideologia esse autor entende um saber lacunar, ou seja, uma forma de expressar perspectivas e interesses ocultando-lhes o fundamental e, por cultura, uma rede complexa de significados, símbolos e formas de conhecimento, que constituem a matriz da consciência e da ação.

⁴⁶ MIAILLE, Op. cit., p. 51.

torna-se suficiente para mudar o texto, a lei, a noção. Qualquer idéia pode ser substituída, trabalhada, enriquecida ou atualizada por uma outra idéia mais apropriada.⁴⁷

Os direitos humanos não são categorias normativas que existem no mundo ideal, imutáveis, à espera para serem postos em prática por meio da ação social. Estão em constante criação e recriação à medida que o sujeito atua no processo de *construção social da realidade*.⁴⁸ Essa concepção de direito se opõe às demais concepções que tendem a “reificar” as relações sociais sem se preocupar com a realidade mesma. A interpretação dos direitos humanos passa a ser fundamental para desvelar concepções abstratas, que tendem a separar o mental do corporal, privilegiando o primeiro e prejudicando ou inibindo a tomada de ação para a construção de novos direitos: *“La propia interpretación de los derechos humanos y fundamentales debe adaptarse a um mundo no dualista en el que mente y cuerpo vayan unidos a las Cortes de Justicia.”*⁴⁹

A concepção de direitos humanos que é oferecida pela Declaração Universal e pelos diversos sistemas de proteção internacional dos direitos humanos deve ser atualizada mediante esse raciocínio e não tomada de forma estática, como sugere a interpretação de importantes pensadores, como Norberto Bobbio, para quem: *La Declaración Universal de Derechos Humanos representa la manifestación de la única prueba por la que un sistema de valores puede considerarse humanamente*

⁴⁷ Para Miaille, é preciso que interiorizemos as relações sociais reais. A ideologia é uma relação imaginária com o real: *“O idealismo é uma corrente do pensamento filosófico que se opõe ao materialismo: a característica consiste em que, para um idealista, o princípio fundamental da explicação do mundo encontra-se nas idéias, na Idéia ou no Espírito, concebido como superior ao mundo da matéria; este não é, em última análise, senão o produto ou o efeito do Espírito que governa, pois, o mundo, segundo a expressão de Hegel.”* Idem, p. 47.

⁴⁸ O processo de construção social da realidade é entendido aqui segundo os ensinamentos de BERGER, P. e LUCKMANN, T. *Construção social da realidade*. Buenos Aires: Amorrortu, 1997.

⁴⁹ HERRERA, Op. cit., p. 31.

*fundamentado y, por tanto, reconocido. Esta prueba es el consenso general sobre su validez*⁵⁰ e continua "(...) *respecto a los derechos humanos, el problema grave de nuestro tiempo no es fundamentarlos, sino protegerlos.*⁵¹

Acreditar na existência desse consenso generalizado, como se a humanidade finalmente tivesse encontrado e ratificado todos os seus direitos em uma espécie de “Dez Mandamentos”, seria ignorar o momento histórico de surgimento da Declaração Universal, momento tumultuado pela violência da Segunda Guerra e pelos profundos conflitos ideológicos das grandes potências.

Esse seria o exemplo de uma concepção purista dos direitos humanos e, segundo Herrera, somente o impuro pode ser objeto de conhecimento. O puro somente admite a contemplação imediata com o recurso da mística,⁵² não tem partes e só admite uma narração indireta. O impuro, ao contrário, dá-se sempre e unicamente com respeito a outros, oferecendo possibilidades infinitas à reflexão e ao discurso. Por isso, somente o impuro está submetido à relação com os outros fenômenos: é possível determinar sua *posição* no espaço, sua *disposição* com respeito ao outro que não é ele mesmo e sua possibilidade de *narração*, dada sua estreita conexão com o *devenir* temporal.

O purismo renega a ação, a pluralidade e o tempo e dicotomiza estabilizando em duas – absoluto/relativo – a multiplicidade de conexões do real. Essa dualidade não representa a realidade, pois desloca a importância do conflito. São falsos

⁵⁰ BOBBIO, N. *El tiempo de los derechos*, trad. de R. de Asís Roig. Madrid: Sistema, 1991, pp. 129 e ss.

⁵¹ Idem, p. 155.

⁵² HERRERA FLORES. Op. cit., p. 31. A filosofia e a cultura ocidental vem apostando, desde seus inícios na Grécia, por uma reflexão sobre o puro, o não-contaminado, o único, e por rejeitar de plano o que se considerava impuro, contaminado, mesclado, plural.

dilemas que esquematizam a forma de ver o mundo, pretensas oposições irresolúveis e que cegam o sujeito para novas possibilidades de ação.⁵³

Pierre Bourdieu descreve a teorização vazia e o empirismo cego dos chamados “*paired concepts*”⁵⁴ (universalismo/particularismo, objeto/sujeito, materialismo/idealismo, corpo/mente, etc.) que estão cimentados, em última instância, em oposições sociais (alto/baixo, dominante/dominado, etc.). Esses pares opostos *constroem os instrumentos de construção da realidade*. Definem o visível e o invisível, o pensável e o impensável e encobrem tanto quanto revelam. A inclinação de ver a sociedade de um modo a-histórico subsiste implícita nessas divisões.

Para Bourdieu, a verdadeira teoria e prática científica deve superar essa oposição integrando, em um único modelo, a análise das experiências dos agentes sociais e a análise das estruturas objetivas que fazem possível esta experiência. Captar o essencial da ação social requer a “objetivação participante”, a objetivação do objetivador e sua mirada, do investigador que ocupa uma posição no mundo que descreve e especialmente no universo científico no qual os acadêmicos lutam pela verdade do mundo social.

3.2 *Universalismo versus multiculturalismo*

Os falsos antagonismos tendem a mascarar a realidade. Tanto o absoluto quanto o relativo, ao excluírem-se, acabam necessitando-se mutuamente: ao se tomar

⁵³ Abstraindo o tempo, o puro visualiza um futuro que nunca chegará e, desse modo, acaba por negar o presente, desconsiderando a própria história – universalismo a-histórico definido por Michel Miaille. Uma filosofia impura dos direitos humanos reivindica a ação (espaço), a pluralidade (corporalidade) e o tempo (história) como base de construção do conhecimento e da ação.

uma verdade como absoluta, todas as demais tornam-se relativas; ao mesmo tempo, tomando como relativas todas as verdades, a diferença se torna absoluta. Superar essa dualidade significa contextualizar o objeto de análise e revelar suas peculiaridades, ou seja, introduzir um marco de referência para a interpretação a partir da diferença: “*Si relacionamos el derecho con el contexto social y económico que garantiza, ya no podremos reclamar la universalidad de sus justificaciones ideológicas o de sus formas de relación social, sino en todo caso su particularidad y sus conexiones con los intereses hegemónicos que se autonombran el patrón oro de lo humano.*”⁵⁵

Essa crítica recai no freqüente debate entre universalismo *versus* particularismo, ou seja, no debate em torno do falso antagonismo absoluto/relativo. Ambos, ao final, acabam representando a mesma coisa: o universalismo incorre na absolutização de um particularismo, de uma única forma de conceber o mundo. Conforme afirma David Sánchez Rubio: “*En definitiva, no es cierto que haya una oposición y una separación radical entre lo universal y lo particular. Ambos se coimplican de tal manera que el uno está conformado por el otro.*”⁵⁶

A forma que reduz a prática social à luta e às conquistas no campo jurídico é chamada por Herrera Flores de *universalismo a priori*. O particularismo ou multiculturalismo evidencia a absolutização da diferença, do relativo, chamado por Herrera de *universalismo de retas paralelas*, ou seja, que somente se encontrariam no infinito das diferenças culturais. Ante essas duas formas de universalismos, o autor propõe um *universalismo de resistência, de contraste*,⁵⁷ um universalismo que negue o

⁵⁴ BOURDIEU, Pierre. *Poder, derecho y clases sociales*. Bilbao: Desclée, 2000, pp 70-81.

⁵⁵ HERRERA FLORES, Op. cit., p. 38.

⁵⁶ RUBIO, D. Sánchez. “Universalidad de confluencia, derechos humanos y procesos de inversión”. In. *El vuelo de Anteo*. Bilbao, Desclée, 2000, pp. 223 e 234. O autor continua dizendo que ambos se relativizam e um faz com que o outro apareça como um etnocentrismo com máscaras universalistas.

⁵⁷ HERRERA, Op. cit., p. 75.

universal como ponto de partida ou como ponto de desencontro e que o considere como existente apenas enquanto *processo*. Para Herrera, é mediante processos conflitivos, de contraste e confrontação intercultural que seria possível aproximar-se de um universal válido na luta por direitos humanos indistintamente entre as mais diferentes culturas e sociedades.

Essa alternativa intermediária, que dribla o universalismo e o multiculturalismo por meio da linguagem e das trocas culturais, também é tratada por Boaventura de Sousa Santos, que acredita na relatividade de todas as culturas, o que implica necessariamente diversidade e incompletude. Todas as culturas tendem a definir como universais os valores que consideram como "últimos". Tais valores procedem de diferentes culturas conduzem, segundo ele, a preocupações isomórficas que podem ser mutuamente inteligíveis e traduzíveis. Propõe então, em oposição ao universalismo, que sejam realizados os *diálogos interculturais a respeito de preocupações isomórficas*.⁵⁸ Entender uma cultura dada a partir dos *topoi* de outra cultura pode ser muito difícil mas não impossível. Ele propõe a *hermenêutica diatópica*, que é a consciência da incompletude recíproca tanto quanto seja possível, mediante a participação no diálogo da mesma maneira que se faria caso estivesse no lugar dessa outra cultura (colocar-se no lugar do outro).⁵⁹

No mesmo sentido, David Sánches Rubio fala dos *equivalentes homeomórficos*, afirmando que o transcultural nunca está somente em uma cultura. Existem elementos e faces da realidade que se mostram impenetráveis para uma

⁵⁸ Esse diálogo deve ser conduzido levando em conta as incompletudes de cada cultura. Apreendendo outros valores e, mediante uma prática discursiva, dispondo-se a incorporar conhecimentos alternativos, de preferência aqueles que foram suprimidos ou marginalizados. Uma fórmula muito defendida por Boaventura de Sousa Santos é o "aprender do sul", aprender dos movimentos transnacionais subordinados, dos conhecimentos alternativos, possibilitará uma nova hermenêutica, mais completa e humana.

determinada cultura, assim como também existem elementos comuns que demonstram “inseminações” interculturais.⁶⁰ Esse autor defende o chamado *universalismo de confluência*, aberto a um permanente diálogo e a um contínuo processo de construção sem imposições etnocêntricas e homogêneas.⁶¹

Outros autores também sugerem algo semelhante, como é o caso de Xabier Etxeberria, que defende um *universalismo tencionado de particularidade*,⁶² ou Raimon Pannikar,⁶³ que é consciente da necessidade de se tomar em consideração a existência de outros povos que vivenciam outros horizontes.

Partindo de outra perspectiva e com objetivos bem distintos, Antony Giddens também sugere algo semelhante. Propõe, em razão das mudanças trazidas pela globalização e pelo enfraquecimento dos Estados, uma outra forma de democracia, a *democracia dialógica*, definidora de outras formas de intercâmbio social que podem contribuir para o aumento da solidariedade social, diálogos em espaço público, substituindo a idéia rousseauiana de ‘vontade geral’.⁶⁴ Para esse autor, é necessário haver a tolerância mútua entre as culturas.

Aproveitando essa última idéia exposta por Giddens – a necessidade de *tolerância mútua* – importa mencionar o posicionamento de Javier de Lucas, que afirma que essa *virtu* do âmbito do privado – a tolerância – não apresenta nenhum

⁵⁹ O conhecimento das debilidades recíprocas é condição *sine qua non* para o diálogo. SANTOS. Op. cit., pp. 200-202.

⁶⁰ RUBIO. Op. cit., p. 236.

⁶¹ Idem, p. 236.

⁶² ETXEBERRIA, Xabier. “Los derechos humanos: universalidad tensionada de particularidad” en *Los derechos humanos, camino hacia la paz*. Zaragoza: Gobierno de Aragon, 1997, pp. 91 e ss.

⁶³ PANIKKAR, Raimon. *El espíritu de la política*, Barcelona: Península, 1999, pp. 44-45.

⁶⁴ O diálogo deveria, segundo Giddens, ser efetuado em quatro áreas distintas: 1) vida pessoal: casamento, sexualidade, amizade, família (exemplifica com o “princípio da autonomia” de David Held); 2) movimentos sociais e grupos de auto-ajuda; 3) espaço organizacional: eficiência empresarial numa sociedade pós-burocrática; 4) espaço global: idéias da democracia cosmopolita (novamente as idéias de David Held). Antony Giddens é

elemento positivo.⁶⁵ Levando em consideração o estatuto de conduta jurídica, esse autor ensina que a tolerância não gera nenhuma garantia para o tolerado. O que tolera é sempre superior a ponto de poder impedir a conduta tolerada. O que tolera sempre considera o bem tolerado como um mal. Suporta, mas pode deixar de suportar. A conduta tolerante é sempre paternalista, emite um *pré-juízo* em relação ao tolerado, considerando que o bom, o correto está na sua conduta, na conduta daquele “que se digna” a tolerar. É um sucedâneo para evitar-se admitir que *não se quer reconhecer o outro com sua diferença*.

Essa percepção torna possível desmascarar as teorias que enunciam o respeito aos direitos humanos baseados apenas nas retóricas da solidariedade e da tolerância recíproca.

3.3 Um conceito relacional de direitos humanos

Boaventura de Sousa Santos explica que o atual conceito de direitos humanos fundamenta-se em pressuposições ocidentais bem conhecidas: direitos dotados de uma natureza universal, que pode ser reconhecida universalmente; existência de uma natureza humana mais elevada do que o restante da realidade; suposição de que o indivíduo tem uma dignidade absoluta e irreduzível. As pretensões

partidário do *cosmopolitismo institucional* que será tratado no capítulo quarto desse trabalho. GIDDENS, Op. cit., pp. 100-109.

⁶⁵ Segundo o autor, o que geralmente sugere de positivo essa característica é algo diferente: trata-se de respeito, e não tolerância. Comentando o grave problema da imigração que sofre a Europa nos dias atuais, Javier afirma que não há o que ser tolerado na conduta dos imigrantes. A realidade demonstra a pura e simples negação de direitos. Não há um conflito de fundo entre etnias e identidades. Há um pré-juízo para negar direitos. LUCAS, Javier. *El impacto del multiculturalismo en las concepciones de derechos humanos*. In. Seminário Doctorado Derechos Humanos y Desarrollo, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, 22 a 26 de enero de 2001; LUCAS, J. de. “¿ Para dejar de hablar de la tolerancia?” *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 7, pp.55-81

reguladoras da modernidade foram redesenhadas para ajustar-se ao capitalismo ocidental.

Confrontando tais suposições com metodologia proposta nas seções anteriores, conclui-se que o conceito de direitos humanos adotado neste trabalho acolhe a idéia de considerá-los como processo. Para Joaquín Herrera:

*Los derechos humanos, como cualquier objeto de investigación social, vienen determinados y determinan el conjunto de ideas, instituciones, fuerzas productivas y relaciones sociales de producción que predominan en un momento histórico, en un contexto espacio-temporal concreto y que son justificadas o criticadas por un conjunto de discursos y narraciones que constituyen el universo simbólico de legitimación.*⁶⁶

Como se pode observar, este conceito une as categorias espaço/ação, pluralidade e tempo, exigindo uma metodologia holística e, sobretudo, relacional: cada direito, cada interpretação e cada prática social não devem ser considerados de forma estanque como o resultado casual ou acidental do trabalho de indivíduos ou de grupos isolados, mas sim como parte de um processo social amplo e geral.

Herrera define uma nova forma de pensar e ensinar direitos humanos que se vale de uma perspectiva *nova, integradora, crítica e contextualizada*:⁶⁷ 1) *nova*: defendendo-se da avalanche ideológica de um neoliberalismo agressivo e destruidor de conquistas sociais; 2) *integradora*: reivindicando a interdependência e indivisibilidade de todos os direitos humanos; 3) *crítica*: denunciando o paradoxo do aumento dos textos internacionais, acordos e declarações sobre direitos humanos ao mesmo tempo em que aumentam os casos de desigualdades e injustiças sociais; 4) *contextualizada*: considerando que atualmente os direitos humanos logram reconhecimento no campo

⁶⁶ HERRERA FLORES, J. Op. cit., p. 41.

⁶⁷ Idem, pp. 43-46.

normativo internacional e também nas práticas de ONG's, associações, movimentos sociais, partidos políticos, iniciativas cidadãs, movimentos de grupos.

Essa nova perspectiva de direitos humanos exige uma tríplice estratégia teórica: *conhecer, definir e situar*.⁶⁸ 1) *conhecer*: relacionar um objeto com o seu contexto social e estabelecer a interdependência entre ambos. Implica um saber que não se baseia somente nos efeitos, mas também nas causas dos fenômenos. O paradoxo da proliferação de textos e conferências a respeito de direitos humanos ao mesmo tempo em que se aprofundam as desigualdades faz pensar, por exemplo, na racionalidade que está na base da ideologia liberal predominante, na qual as liberdades individuais e o Estado formal se colocam por sobre os direitos sociais e o Estado social de direito; 2) *definir*: supõe delimitar o horizonte da utopia. Os direitos humanos sempre guardam um componente utópico. Nunca dizem *o que é*, e sim definem *como deve ser*. Figuras sempre como utopia submetida a obstáculos que impedem constantemente sua plena efetivação. Necessariamente, uma definição de direitos humanos opta por uma delimitação dos direitos em razão de uma eleição ética, axiológica e política: a de que a dignidade humana de todos os que são vítimas de violação ou dos que são excluídos sistematicamente dos processos e dos espaços de positivação e reconhecimento de seus anéis, seus valores e sua concepção acerca de como deveriam entender-se as relações humanas em sociedade; 3) *situar*: Herrera Flores descreve o “*diamante ético*”, uma figura que representa um marco pedagógico que interconecta e imbrica componentes para permitir que seja visualizada a profundidade de sua metodologia.⁶⁹ Como pressuposto, o autor define um elemento

⁶⁸ Idem pp. 47-67.

⁶⁹ São elementos do “diamante ético”: 1) *Idéias*: concepções que constituem e reproduzem práticas e formas concretas de produção cultural e que formam parte do processo de construção humana e social da realidade. 2) *As instituições*: toda instituição supõe uma forma regrada de resolver um conflito prévio que está na origem dessa mesma instituição. As instituições outorgam o suporte às estruturas cognitivas, outorgam a capacidade de

que considera universal: “*garantizar a todos la posibilidad de luchar por la dignidad humana. La mayor violación a los derechos humanos consiste en impedir que algún individuo, grupo o cultura pueda luchar por sus objetivos éticos más generales.*”

Aplicando essa metodologia à realidade do sistema americano de proteção dos direitos humanos, surgem outros espaços que não são analisados pela luz estritamente jurídica. Sem desmerecer a importância dada à função de garantia que o direito pode e deve cumprir, reduzir a análise ao âmbito da aplicação da norma seria incidir na já mencionada contradição do formalismo jurídico, que se fundamenta no

durar, de serem transmitidas e inclusive de resistir. 3) *Forças produtivas e relações sociais*: não somente conhecer os novos modos de produção de bens ou novos processos técnicos e informáticos que predominam na nova fase de acumulação capitalista, mas reconhecer que a produção está sofrendo um processo energético de deslocalização, com conseqüências importantes para o conceito de trabalho, sua flexibilidade e desregulamentação; 4) *Posição*: os direitos não são entes isolados de suas circunstâncias, entendidas como tal o que está ao redor do lugar onde a vida se desenvolve; 5) *Disposição*: ver os direitos em relação a outro tipo de direito ou em relação a outras formas culturais acerca da justiça, da igualdade e da vida. Disposição para fazer concorrentes diferentes visões e expressões ideológicas e culturais que afetam os direitos humanos no mundo contemporâneo. 6) *Narrações*: conhecer as diferentes *narrações* que sobre os mesmos se dão em diferentes culturas e formas de vida. 7) *Temporalidade/historicidade*: a tradição, a origem da prática política de dominação que depois inventa uma tradição, um passado idílico e sem memória que justifica a ordem instituída. Saber que na origem do que hoje se entende por direitos humanos houve conflitos de poder que levaram a vitórias de uns sobre outros, nos legitimando para buscar outras vias alternativas às dominantes. Historicizar é humanizar e nada do humano é estático ou procede de alguma ordem transcendental. Nos construímos historicamente, portanto somos.; 8) *Espaços*: atitudes frente ao sistema. Formas alternativas de vida e pensamento que o capitalismo transnacional tenta homogeneizar. A nova metrópole da globalização não tem posição fixa: atua em múltiplos lugares, deslocalizando não somente aspectos financeiros do assunto, mas também tradições e formas produtivas. Hoje em dia há necessidade de se recomporem os espaços ou zonas de informalidade que proponham visões alternativas, anti-sistêmicas e que tenham como objetivo construir as bases sociais e culturais de uma nova hegemonia. O conceito de poder deve ser revisto. É de grande utilidade pedagógica escolher uma norma, um texto, uma conferência internacional e analisar em que espaço social está situado, quer dizer, determinar qual é a conformação de maiorias e minorias que trabalham para o reconhecimento de suas formas particulares de relações sociais e conhecer as diferentes posições de poder que os sujeitos ostentam em todo o processo. Devem-se conhecer os *processos* e não apenas os resultados da dimensão e complexidade dos direitos humanos. 9) *Valores*: ver de que forma os valores se acercam ou se distanciam de uma visão ampla e contextualizada da dignidade humana. A maior violação é impedir que uma cultura, um grupo ou indivíduos possam reivindicar sua idéia de dignidade, seja impedindo-se por norma ou criando condições para seu respeito e prática. 10) *Desenvolvimento*: pode haver desenvolvimento sem direitos humanos, mas não pode haver direitos humanos sem desenvolvimento. Os diferentes modelos de desenvolvimento orientados para o mercado manipulam a opinião pública afirmando que somente existe uma causa para o subdesenvolvimento: a não inserção nos mercados internacionais. E postulam uma única solução: o livre comércio. Somente haverá desenvolvimento e, portanto, direitos humanos quando se chegar a uma distribuição igualitária de técnicas e meios de aprendizagem que permitam criar condições adaptáveis aos contextos dos diferentes países agoniados pela injusta obrigação de pagar a dívida; 11) *Práticas sociais*: estamos assistindo a um renascer de movimentos. (*neocomunitarismo de base*). É necessária uma revolução cultural que inflame novamente os movimentos sociais a chama da imaginação utópica e a produção de sentidos emancipatórios. Idem, pp.53-67.

princípio da racionalidade interna e desconsidera a possível irracionalidade de algumas de suas premissas.

Pela extensão e natureza variada de cada um das estratégias formuladas pela *metodologia relacional*, este trabalho não será capaz de realizar um exame completo de todos os elementos e suas infinitas ponderações. A proposta é bem mais modesta. Pretende-se demonstrar que algumas limitações importantes, com relação aos direitos humanos, visíveis no sistema americano, existem da mesma forma nos demais sistemas, em especial no sistema ONU, porque fazem parte de uma racionalidade anterior, que define e limita, propositadamente, a estrutura internacional de proteção dos direitos humanos.

Essas limitações importantes impedem a averiguação de denúncias que tratam de direitos econômicos, sociais e culturais. Esses direitos não são considerados “*justiciáveis*” pelos Estados porque fazem parte das matérias sujeitas ao princípio da não-intervenção em assuntos internos. A flexibilidade dada à soberania não atinge ainda os direitos chamados de “segunda geração” e dificilmente serão objeto de uma proteção ampla de mecanismos supranacionais porque o atendimento de tais prerrogativas levaria ao fim dos sistemas de dominação e acumulação de riquezas estabelecidos pela racionalidade econômica atual.

4 Para uma visão complexa do sistema americano de proteção dos direitos humanos

Muito se discute a respeito dos motivos que deram origem a dois pactos separados de direitos humanos no âmbito das Nações Unidas (o Pacto de Direitos

Civis e Políticos e o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais). Naquela época, ainda no contexto da Guerra Fria, não era possível estruturar-se em um único documento os necessários dispositivos que dessem tratamento igualitário ao conjunto dos direitos humanos.

Essa apresentação de diferentes pactos representa, em realidade, a opção ideológica que prevaleceu na época e que sobrepõe um grupo de direitos a outro, de acordo com os interesses do “mercado capitalista totalizante”.⁷⁰ Essa opção pode ser identificada mediante duas análises: primeiramente por meio da análise do “direito ao desenvolvimento”, um direito que representa a indivisibilidade dos direitos humanos e que é amplamente consagrado no sistema ONU, embora até o dia de hoje nunca tenha sido objeto de nenhuma decisão internacional a respeito de direitos humanos. A segunda análise é feita por Franz Hinkelammert, que identifica o privilégio dado a um determinado grupo de direitos em detrimento de outro, demonstrando que a “ética de mercado”⁷¹ está presente no sistema de proteção internacional dos direitos humanos. Essas duas análises serão detalhadas a seguir.

⁷⁰ “Mercado capitalista totalizante” é a expressão utilizada por Franz Hinkelammert para definir o grande mal que angustia a humanidade e que se traduz por pobreza e miséria humana. Para Franz Hinkelammert, o grande desafio dos próximos tempos será retirar a característica “totalizante” do mercado capitalista, tornando-o menos desumano HINKELAMMERT. Mimenografado. Seminário: *Los derechos humanos frente a la globalidad del mundo*. Curso Doctorado Derechos Humanos y Desarrollo, de 5 a 9 de febrero de 2001, p. 19.

⁷¹ Essa expressão também é retirada das teorizações de Franz Hinkelammert (*supra*). O autor afirma que o mercado possui ética. A eleição de valores e a condução de uma racionalidade meio-fim, segundo juízos valorativos, possibilita perceber que essa ética subjuga todas as demais em seu interior, tornando-se totalizante e absoluta. Os mecanismos que desenvolve para se auto-regular são sofisticados e se escondem por trás de uma aparente naturalidade e autonomia.

4.1 O direito ao desenvolvimento e à indivisibilidade dos direitos humanos

A Carta de Direitos Humanos da ONU consagra que os direitos humanos devem ser considerados indissociadamente.⁷² A indivisibilidade dos direitos é reforçada pelas duas Conferências Mundiais de Direitos Humanos, a de Teerã, em 1968, e a de Viena, em 1993. Apesar de consagrado o “princípio da indivisibilidade”, a violação de um direito econômico, social ou cultural dificilmente é apreciada tomando-se por base uma regra internacional de proteção de direitos humanos; quando ocorre, a violação que deu ensejo à propositura da demanda no plano internacional tem como objeto algum direito civil ou político. Em última análise, apenas indiretamente os direitos sociais, econômicos e culturais têm sido alvo de alguma decisão no plano internacional.⁷³

Um exemplo dessa falta de proteção torna-se visível no reconhecimento do “direito ao desenvolvimento”.⁷⁴ Esse é um direito importante porque pressupõe o respeito a todos os demais direitos humanos como parte integrante do desenvolvimento humano. Supõe a interdisciplinaridade e a interdependência entre todos os direitos humanos.⁷⁵

⁷² A indissociabilidade e inter-relação entre os direitos é também afirmada pela Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993.

⁷³ No capítulo terceiro serão analisados alguns casos julgados pelo Tribunal Europeu e pela Corte Interamericana que consagram indiretamente alguns direitos econômicos e sociais.

⁷⁴ Keba M'Baye e Karel Vasak são os autores encarregados de proporcionar a elaboração jurídica desse novo direito. Vasak inclui esse direito dentro da categoria de direitos da terceira geração. Na esfera da ONU, a primeira referência foi em 1966, no discurso do Ministro das Relações Exteriores do Senegal ante as Nações Unidas. E é no seio das Nações Unidas que o conceito desse novo direito vai avançando. A Declaração sobre Direitos ao Desenvolvimento é de 1989, ratificada por 146 Estados, com a abstenção da Dinamarca, Finlândia, República Federal da Alemanha, Islândia, Israel, Japão, Suécia, Gran Bretanha e um voto contra, dos Estados Unidos. Outros marcos importantes: Consulta Mundial sobre Direito ao Desenvolvimento em Genebra, 1990, Conferência Mundial sobre Direitos Humanos em Viena, 1993, Conferência sobre o Desenvolvimento Social, Copenhague, 1995, Grupo de Trabalho de Expertos Governamentais sobre o Direito ao Desenvolvimento, 1996, grupo que atualmente dá seguimento aos trabalhos. ISA, Felipe G. *El derecho al desarrollo*. Bilbao: Universidad de Deusto, 1999, pp. 42-54.

⁷⁵ Apud. ISA. Op. cit., p. 176.

Além disso, o direito ao desenvolvimento promove uma vinculação com os direitos de terceira geração, possibilitando a realização conjunta dos direitos de solidariedade,⁷⁶ (alcançando as três gerações de direito). Tal direito passa a representar todos os direitos, colocando em cheque a efetividade do sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

Um dos principais problemas que enfrenta esse novo direito reside na exigibilidade, que destaca um problema comum à maioria dos direitos econômicos, sociais e culturais. Muitos afirmam que seu componente socioeconômico torna difícil a criação de um sistema de garantias.

O Tribunal de Justiça da ONU até hoje nunca se pronunciou diretamente a respeito do direito humano ao desenvolvimento. Somente o tratou de forma indireta e tangencial, pois rejeita questões que envolvam considerações de tipo econômico, tais como pobreza e desenvolvimento de um país. A situação econômica ou geográfica de um país não tem relevância no julgamento de fatos perante o Tribunal.⁷⁷

Para Ved P. Nanda, o problema da não aceitação desse direito constitui-se em um problema de caráter político: “...*el problema de la aplicación del derecho al desarrollo no es inherente al derecho en sí mismo, sino que deriva de la falta de voluntad política para cambiar el statu quo a favor de un orden económico más equitativo.*”⁷⁸

Tal opinião é reforçada pela constatação de outros dois paradoxos que se estabelecem no sistema internacional de proteção dos direitos humanos: 1) o paradoxo

⁷⁶ Direito à paz, ao meio ambiente e desenvolvimento sustentável, ao patrimônio comum da humanidade, à assistência humanitária, ao desarmamento, etc.

⁷⁷ ISA. Op. cit., pp. 125-129.

do militarismo: o mundo assiste a um contraste – que se repete ao longo da história – entre os recursos destinados a fins militares e os recursos para o desenvolvimento e para as necessidades humanas. Nos últimos anos, constata-se que os países mais pobres têm se envolvido em importantes processos de rearmamento. A principal função do militarismo atualmente tem se revelado como sendo a defesa e preservação do *statu quo* exportador entre norte e sul, entre os países ricos e os países pobres;⁷⁹ 2) o paradoxo da dívida externa: tal questão converte-se em um dos entraves mais significativos para a realização do direitos humanos ao desenvolvimento. A Declaração sobre Direito ao Desenvolvimento não contém nem a mínima menção à dívida externa e, como se não bastassem, os programas de Bretton Woods e os planos de estabilização e ajuste estrutural elaborados pelo Fundo Monetário Internacional e pelo Banco Mundial são convertidos em *condições para o desenvolvimento*.⁸⁰

Gomes Isa acresce a esses paradoxos outros obstáculos que existem no plano interno dos países: a desigual distribuição dos benefícios internos do país; o poder das minorias dirigentes de forçarem a maioria da população a aceitar as crescentes desigualdades sociais; a ausência de um conceito global de desenvolvimento e falta de estratégias e programas correspondentes a essa idéia global e multidimensional do direito ao desenvolvimento; a população vista mais como objeto do desenvolvimento do que como sujeito com capacidade para determinar e decidir, e, em última instância, configurar suas próprias expectativas e interesses no processo de desenvolvimento; a falta de democracia política; as graves violações aos

⁷⁸ Apud ISA. Op. cit., p. 221.

⁷⁹ ISA. Op. cit., p. 234.

⁸⁰ Poder-se-ia perguntar até que ponto as instituições de Bretton Woods estão implicadas e submetidas à vinculação com a Declaração de Direito ao Desenvolvimento. A Declaração não realiza a mais mínima referência aos organismos especializados como possíveis substratos para o exercício desse direito. Mesmo assim, Gómez Isa alerta para uma leitura atenta do art. 57.1 da Carta das Nações Unidas, passível de produzir uma certa vinculação visando à proteção de direitos humanos. ISA. Op. cit., pp. 276 e ss.

direitos humanos em alguns países; o militarismo; a falta de governabilidade (corrupção); o excessivo crescimento demográfico.⁸¹

O estabelecimento de uma *Nova Ordem Econômica Internacional*,⁸² que tem sido considerada como condição essencial para a concretização do direito ao desenvolvimento, implicaria, segundo o Informe Geral sobre Desenvolvimento de 1984, a existência de alguns elementos básicos: 1) tratamento preferencial para os países em desenvolvimento; 2) estabilização dos recursos de exportação dos países em desenvolvimento; 3) soberania permanente sobre os recursos naturais; 4) direito de todo Estado beneficiar-se da ciência e da tecnologia; 5) direito dos países em desenvolvimento de receber assistência para o desenvolvimento; 6) igualdade de participação dos países em desenvolvimento nas relações econômicas internacionais; 7) patrimônio comum da humanidade.⁸³

Uma corrente otimista crê na transformação do direito de coexistência em direito de cooperação, que seria o primeiro passo rumo a uma nova sociedade baseada no progresso e desenvolvimento a serviço das reais necessidades humanas.⁸⁴ Para Gomes Isa, a aplicação do direito humano ao desenvolvimento configura uma autêntica “obrigação compartilhada” entre os países em desenvolvimento, entre os países industrializados e a comunidade internacional. O autor afirma que também as ONG’s desempenham uma função de primeira importância na difusão da informação sobre direitos humanos.⁸⁵

⁸¹ ISA. Op. cit., pp. 150-159.

⁸² Que tem suas origens no pensamento dos estruturalistas, que interpretam o subdesenvolvimento como um problema da estrutura do sistema em um mundo regido pela perpétua desigualdade.

⁸³ Informe del Secretario General: *Desarrollo Progresivo de los Principios y Normas del Derecho Internacional relativo al Nuevo Orden Económico Internacional*, A/39/504/Add.1, de 23 de octubre de 1984, p. 30.

⁸⁴ Solidariedade internacional e redução das desigualdades entre Estados (Wolfgang Friedmann, Carrillo Salcedo). ISA. Op. cit., p. 31.

⁸⁵ ISA. Op. cit., p. 267

Outros, críticos, acreditam que o “direito internacional ao desenvolvimento” é, na verdade, um “direito internacional ao subdesenvolvimento.”⁸⁶ Essa compreensão de que a consagração do direito ao desenvolvimento ocasiona a violação do mesmo direito é explicada por Franz Hinkelammert pela *inversão ideológica dos direitos humanos*. Essa inversão, conforme será tratada logo adiante, constitui-se em outra intenção implícita na subdivisão dos Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas.

4.2 Democracia e direitos humanos: a inversão ideológica

Ao analisar o elenco de direitos garantidos pela Declaração Universal de Direitos Humanos, Franz Hinkelammert faz o alerta de que reside ali, implicitamente, a eleição de valores e princípios da “sociedade capitalista totalizante”. O autor identifica que no momento em que ocorre um choque de direitos, em que necessariamente um deve prevalecer sobre o outro, o critério de escolha não é o direito à vida dos seres humanos, mas o direito à propriedade de alguns.

A visão desse autor merece atenção porque discute a base da legitimidade do Estado de Direito: o conceito de democracia. Segundo Hinkelammert, toda teoria de democracia que se fundamente na declaração de direitos universais desemboca em uma postulação da supressão dos direitos humanos.⁸⁷

⁸⁶ Alguns críticos, mais brandos, vêem nesse princípio nada mais do que simples retórica, reconhecendo a necessidade de se abandonar o plano abstrato e incorporar o contexto real de violações de direitos humanos. Gomez Isa refere-se a Antônio Remiro e Perez Gonzáles. ISA. Op. cit., p. 33.

⁸⁷ Idem, p. 135.

Mediante uma análise lógica dos preceitos normativos contidos nas declarações de direito, o autor faz perceber a existência da *violação legítima dos direitos humanos*, pela qual legitimamente se faz a supressão dos direitos do violador de direitos. Esse fenômeno é geral para todos os tipos de sistema político: *não matarás* converte-se em *matar aquele que matou*, invertendo a norma em uma relação crime-castigo.

Evoluindo para a análise da declaração dos direitos humanos, as teorias da democracia, segundo ele, não incluem essa inversão aplicada a direitos humanos isoladamente, mas a um conjunto de direitos organizados e hierarquizados. O violador de um direito isolado é um criminoso que ameaça o conjunto dos direitos humanos, é um *inimigo da humanidade*, sempre e desde que não seja membro da comunidade que “enunciou” o “direito”.

Na Declaração de Direitos Humanos, o conjunto de direitos não pode ser entendido como um puro somatório de direitos independentes, mas como um conjunto de princípios que, por sua natureza, podem se tornar incompatíveis: o cumprimento de um direito pode inviabilizar o cumprimento de outro. Tais conflitos obrigam a que alguns sejam preteridos em prol de outros, estabelecendo uma hierarquia de direitos. Um direito, ou um conjunto de direitos, tido como fundamental é colocado no topo da pirâmide, hierarquizando todo o elenco de direitos. É por essa razão que esse ou esses direitos são destacados como *direito natural*.

Nas teorias da democracia, esse princípio hierarquizador serve como regulador da produção e distribuição dos bens materiais às sociedades. Segundo Franz Hinkelammert, desde Locke até Marx-Lenin, *"Todos los derechos humanos son mediatizados por un derecho fundamental que determina las vías legítimas de acceso*

*a los bienes materiales (...) todas las teorías de la democracia desembocan en la designación de las relaciones de producción como el principio de jerarquización del conjunto de los derechos humanos.*⁸⁸

Dessa forma, as teorias da democracia centram seus esforços na legitimação desse princípio de hierarquização. Preocupam-se com a transformação desses princípios em *vontade objetiva irrenunciável de todos os seres humanos*. Sendo irrenunciáveis, nenhuma maioria tem legitimidade para colocar-se acima desse direito fundamental, ou seja, das relações sociais de produção: "*(...) las teorías postulan un criterio objetivo que limita la legitimidad de la decisión mayoritaria, independientemente del sistema de elección.*"⁸⁹

Desse impasse surge a *polarização* entre interesse geral objetivo e qualquer oposição ao princípio de hierarquização, ou seja, oposição às relações sociais de produção.⁹⁰ O sistema social elege *a priori* seus eleitores, distingue maiorias legítimas e ilegítimas com a ajuda dos meios de comunicação identificados à dominação da opinião pública. Não há qualquer preocupação com os métodos eleitorais, os quais se presumem legítimos, uma vez que inseridos no sistema democrático.⁹¹

A polarização passa a ser ideológica e não reconhece adversários; apenas distingue entre amigos e inimigos como uma relação Deus e Diabo, Bem e Mal, Anjo

⁸⁸ O autor exemplifica com os modelos de sociedade na tradição burguesa, com a produção privada no topo da hierarquização de direitos, e da tradição socialista, em que o princípio hierarquizador reside na satisfação das necessidades. Esses dois modelos permitem observar como os valores de hierarquização diferentes definem todo um modo particular de distribuição das relações de produção. HINKELAMMERT, F. *Democracia y totalitarismo*. Costa Rica: Departamento Ecumenico de Investigación (DEI), 1990, p.138.

⁸⁹ O autor remete esse contexto para a distinção de Rousseau entre vontade *a priori*, que é a geral e vontade *a posteriori*, que é a vontade de todos, e o conflito entre ambas, que faz prevalecer a vontade geral, como raiz de todas as legitimidades. HINKELAMMERT. *Democracia ...* Op. cit., p. 139.

⁹⁰ O autor identifica como síntese dessa polarização a obra de Karl Popper, *La sociedad abierta e sus enemigos*, que retoma uma formulação jacobina "Nenhuma liberdade para os inimigos da liberdade" (Saint Just).

⁹¹ Até mesmo o maior escândalo eleitoral dos últimos tempos – a fraude das eleições presidenciais norte-americanas – não é questionado sob o aspecto da legitimidade.

e Demônio.⁹² Toda esperança humana em alcançar uma vida digna - derivada das relações de produção, que, por sua vez, provêm de uma hierarquia de princípios, extraídos de um modelo de democracia - passa a ser ameaçada por opositores, alguém que se insurge contra a dignidade humana. Tais opositores passam a ser vistos como inimigos objetivos da humanidade (crime de *lesa-humanidade*), criminosos independentemente de suas ações: "*nenhum respeito dos direitos humanos para aqueles que sejam inimigos dos direitos humanos.*"⁹³

Este é o ponto central da tese de Hinkelammert: a *inversão ideológica dos direitos humanos*, que se produz independentemente de violação de norma específica (inversão legítima), pela simples *oposição ao princípio de hierarquização dos direitos humanos*. Como resultado, surge uma força de extrema agressividade com inversão de valores alimentando uma "máquina de matar". Segundo ele, a violação dos direitos humanos se transforma em imperativo categórico da razão prática: "*El amor al prójimo se transforma en razón de la destrucción del prójimo.*"⁹⁴

Nesse contexto, o autor reafirma a tese de que irremediavelmente, nas sociedades democráticas, a bandeira da violação de direitos humanos representa os direitos humanos em si mesmos.⁹⁵ Embora tenham um ponto de partida comum – defesa dos direitos humanos – tal ponto não define as sociedades democráticas como

⁹² O autor faz referência às palavras de Reagan ao referir-se à União Soviética como "Reino do Mal".

⁹³ HINKELAMMERT. *Democracia ...* Op. cit., p. 141.

⁹⁴ HINKELAMMERT. *Democracia ...* Op. cit., p. 142. Nesse ponto, Hinkelammert menciona a inversão ideológica exercida pelo discurso de Locke ao legitimar a "esclavidade para los esclavizadores". Mostra como, em nome dos princípios da propriedade privada, Locke legitima todo um sistema de agressão burguesa contra os agressores ilegítimos: a guerra justa. Ainda como exemplo de outras inversões, menciona a ocorrida na sociedade stalinista legitimando atos de fuzilamento.

⁹⁵ Afirma que esse quadro é ainda mais visível nas democracias em estado de exceção, nas quais em nome da democracia suspendem a democracia. Nesses sentido, Hayek, ao referir-se ao regime Pinochet no Chile, justifica os poderes absolutos nos seguintes termos: "Poderes absolutos que deveriam usar, justamente, para evitar e limitar todo o poder absoluto no futuro" (Friedrich A. Hayek, entrevista em *El Mercurio*, 12-4-81, Santiago de Chile).

iguais.⁹⁶ O conflito entre as diferentes sociedades pode, no melhor dos casos, levar a uma coexistência pacífica e, no pior, levar a guerras, as quais aparecem *a priori* como justas ou injustas.⁹⁷

Para concluir, Hinkelammert define que esse ciclo, pelo qual se constitui o poder político do Estado em qualquer sociedade democrática atual, destaca-se como um ciclo inevitável do Estado democrático. A afirmação política dos direitos humanos leva à sua violação. É um ciclo de profunda hipocrisia da sociedade democrática, a qual diz defender os direitos humanos, mas que em verdade os viola.⁹⁸

O sistema americano de proteção de direitos humanos representa parte de uma organização maior – universal - que dita as principais regras. As Nações Unidas têm afirmado e reafirmado, por intermédio de seus documentos e tratados, a interconexão entre os conceitos “democracia, desenvolvimento e direitos humanos”,⁹⁹ mas os fracassos alcançados até os dias atuais pelo chamado direito ao desenvolvimento (que, como visto na seção anterior, reúne todos os direitos humanos

⁹⁶ Christian Guy Caubet, faz o alerta de que “*Como a ideologia democrática é suscetível de várias interpretações, tanto Alfredo Stroessner, no Paraguai, e Augusto Pinochet Ugarte, no Chile, como José Sarney Costa, no Brasil, Raul Alfonsín, na Argentina ou Ronald Reagan, nos Estados Unidos, podem fazer pregações democráticas e afirmar que só pretendem reforçar as instituições democráticas*” CAUBET, Christian G. “Legitimidade democrática interamericana e transição para a democracia no Brasil” em *O Brasil e a dependência externa*. São Paulo: Acadêmica, 1989, p.12.

⁹⁷ Ao descrever a guerra dos Estados Unidos contra a Nicarágua, Hinkelammert ilustra sua tese nos seguintes termos: “Interpretando-a nos termos da tradição lockiana, o governo dos Estados Unidos sente-se na situação a priori legítima de uma guerra justa, na qual a Nicarágua, ao questionar as relações capitalistas de produção, cometeu um crime objetivo de lesa-humanidade. Em consequência, é agressor, faça o que faça. Para dar a essa legitimidade uma aparência empírica, inventam-se incidentes correspondentes que servem para manipular a opinião pública, de maneira que as convicções a priori e os fatos empíricos aparentes se mesclam de tal modo que o mundo se convence que a pequena Nicarágua agrediu o gigante Estados Unidos, que com toda a justiça devolve os ataques. Não há banho de sangue que não seja justificado nesse esquema, e sempre sua legitimidade se radicará na defesa dos direitos humanos”. (HINKELAMMERT. *Democracia ...* Op. cit., p. 146). O raciocínio do autor pode ser apropriado em outras situações em um contexto atual, como o legítimo bloqueio a Cuba ou a “guerra justa” levada a cabo pela OTAN contra os sérvios em nome dos direitos humanos.

⁹⁸ Hinkelammert cita, como ilusão de uma saída, autores como Carl Schmitt (El Concepto de lo “Político”, Folios Ediciones, Buenos Aires, 1984), que segue uma linha nihilista de anulação dos direitos no sentido de sua simples não-existência: a não-existência dos direitos humanos para que o homem seja respeitado. HINKELAMMERT. *Democracia ...* Op. cit. p. 147.

⁹⁹ Um dos principais pontos alcançados na Declaração e Programa de Ação de Viena.

indissociadamente) ao mesmo tempo em que surgem ações cada vez mais contundentes de organismos financeiros e econômicos mundiais no sentido inverso desse direito,¹⁰⁰ dificulta sobremaneira as esperanças com relação à possibilidade de uma Nova Ordem Econômica Mundial.

O funcionamento dos órgãos de proteção de direitos humanos do sistema americano – a Comissão Americana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos – pode servir para ilustrar a lógica presente no sistema universal das Nações Unidas e que é “tolerado” pela Ordem Econômica Mundial. Torna-se possível verificar, considerando os resultados alcançados no plano internacional para a proteção de direitos humanos, a prevalência de um modelo de sociedade que interessa a uma pequena elite dominante, dentro dos países ricos e pobres, que atua em diversos campos da vida social – político, econômico, social, ideológico, etc – e que utiliza a estrutura de proteção internacional como instrumento para a manutenção do próprio sistema de dominação.

Promovendo a mencionada *inversão ideológica*, simulando uma aparente sensação de avanço e evolução da consciência mundial para/das violações de direitos humanos, o sistema de dominação estabelece, em verdade, as bases da violação, a forma legal da violação e fixa os limites da responsabilidade, ou seja, o limite da responsabilidade dos Estado, diante do qual não pode haver punição, porque a violação de alguns direitos (econômicos, sociais e culturais) é de difícil comprovação, uma vez

¹⁰⁰ O FMI buscou justificar os tão criticados “programas de ajuste estrutural” impostos aos países em desenvolvimento afirmando que as “recompensas iniciais” podiam ser dirigidas aos pobres na sociedade através da “remodelação” das tarefas do governo (fortalecimento das instituições, atendimento de necessidades humanas básicas, como saúde e educação). Contribuição dos Organismos Financeiros Internacionais à II Conferência Mundial de Direitos Humanos. TRINDADE. A.A. Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Fabris, 1997, p. 251.

que demandaria a violação do princípio da soberania e da não-intervenção em assuntos internos.¹⁰¹

Por outro lado, e ponderando desde logo o potencial emancipatório do direito,¹⁰² os sistemas internacionais de proteção de direitos humanos, por atuarem no espaço supranacional, ensejam a expectativa de uma flexibilização da jurisdição interna dos Estados baseada na melhoria da condição humana. Os sistemas enfrentam muitas limitações de ordem procedimental, algumas quase superadas, mas têm apresentado resultados positivos na proteção de alguns direitos humanos. Até mesmo alguns direitos de natureza econômica e social têm sido atingidos pela proteção internacional. A importante atuação dos órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos não pode ser menosprezada.¹⁰³ No caso brasileiro, essa importância é ainda maior tomando-se por base o reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a partir do ano de 1999. Finalmente os canais para a proteção de direitos humanos dentro do estado, sejam estatais ou autônomos (da sociedade civil), podem esperar que suas denúncias cheguem a surtir o efeito de uma sentença internacional condenatória contra o Estado brasileiro por violações de direitos

¹⁰¹ Os assuntos de competência da jurisdição interna devem respeitar o princípio da não-intervenção e ser resolvidos pelos próprios Estados e seus aparatos específicos (através do judiciário, sistema oficial, monismo jurídico).

¹⁰² Conforme ensina Clèmerson Clève, "(...) é possível afirmar o direito também como uma mediação específica e um espaço de confrontação entre as classes em contradição, e não, apenas, como simples instrumento ideológico a serviço da dominação da classe dominante." CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O direito em relação*. Curitiba: Gráfica Veja-Ensaio, 1983, p.23.

¹⁰³ Conforme palavras de Cançado Trindade, "Três séculos de um ordenamento internacional marcado pelo predomínio de soberanias estatais e pela exclusão dos indivíduos foram incapazes de evitar as violações maciças dos direitos humanos, perpetradas em todas as regiões do mundo, e as sucessivas atrocidades de nosso século, inclusive as contemporâneas¹⁰³. Tais atrocidades despertaram a consciência jurídica universal para a necessidade de reconceitualizar as próprias bases do ordenamento internacional, restituindo ao ser humano a posição central de onde havia sido alijado. Essa reconstrução, sobre bases humanas, tomou por fundamento conceitual os cânones inteiramente distintos da realização de valores comuns superiores, da titularidade de direitos do próprio ser humano, da garantia coletiva de sua realização, e do caráter objetivo das obrigações de proteção¹⁰³. A ordem internacional das soberanias cedia terreno à da solidariedade." TRINDADE, Cançado. "A Consolidação da Capacidade Processual dos Indivíduos na Evolução da Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Quadro Atual e Perspectivas na Passagem do Século." Seminário Direitos Humanos no Século XXI,

humanos. Os aspectos procedimentais serão trabalhados nos capítulos seguintes, assim como também as limitações e superações procedimentais que o sistema americano vem apresentando ao longo dos últimos anos.

A intenção deste primeiro capítulo, no entanto, consistiu em pontuar alguns pressupostos que serão esclarecidos ao longo do trabalho. Em síntese, procurou-se definir como pressupostos os seguintes pontos:

1. Os direitos humanos devem ser entendidos como “processos”, que são determinados e determinam um conjunto de idéias, instituições, forças produtivas e relações sociais de produção que predominam em um determinado momento histórico e que são justificadas ou criticadas por um conjunto de discursos e narrações que constituem o universo simbólico de legitimação;¹⁰⁴
2. Não existem culturas puras;
3. A universalidade dos direitos humanos, presente no sistema ONU e nos sistemas regionais sacrifica a possibilidade de outros universalismos;¹⁰⁵
4. A proliferação de documentos e organismos de proteção internacional de direitos humanos não ajuda a reduzir a densidade das violações de direitos. Esta, pelo contrário, também se multiplica, denunciando a existência do *paradoxo fundamental*¹⁰⁶;

10 e 11 de setembro de 1998, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, Fundação Alexandre Gusmão, Rio de Janeiro. Disponível em www.mre.gov.br/ipri (14 de julho de 2001), p. 6.

¹⁰⁴ Conceito definido por Joaquín Herrera Flores e trabalhado nas seções anteriores.

¹⁰⁵ A universalidade do modelo ONU deve ser combatida por um “universalismo de contraste” ou de “confluência”, nos moldes apresentados anteriormente.

¹⁰⁶ A denúncia do *paradoxo fundamental* comporta uma função socio-política: DESCRIVER QUAL ...

5. Esse paradoxo pode ser entendido por meio da consagração do pressuposto da indivisibilidade dos direitos humanos e da prática de separação entre direitos civis e políticos, de um lado, e econômicos, sociais e culturais, de outro. Além disso, também pode ser entendido mediante a *inversão ideológica* presente no elenco de direitos consagrados e na racionalidade normativa dos sistemas internacionais de proteção de direitos humanos;
6. Enfim, os sistemas internacionais de proteção de direitos humanos podem celebrar avanços procedimentais, análise que será feita nos próximos capítulos, mas esse progresso estará sempre limitado pela manutenção do “sistema capitalista totalizante” que se encontra na base da sociedade atual.

No capítulo quarto, a discussão a respeito dos limites do sistema será reintroduzida com a apresentação das quatro perspectivas de análise já referidas: o *cosmopolitismo normativo*, o *cosmopolitismo de valores*, o *cosmopolitismo institucional* e o *anticosmopolitismo institucional*.

Pretende-se, mediante análise procedimental do sistema americano e da confrontação de seus resultados com a realidade do *paradoxo fundamental*, buscar os motivos pelos quais esse sistema não logra maiores avanços. Tentar identificar algumas das causas do limite do sistema (*limite fundamental*, como será tratado no último capítulo) ou, no mínimo, tentar definir quais as possibilidades de avanço “toleradas” pelo sistema dominante e que podem ser exploradas utilizando-se os recursos do sistema jurídico internacional.

CAPÍTULO SEGUNDO – SISTEMAS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

1 Introdução

A começar da metade do século XX, os direitos humanos passaram a integrar as agendas internacionais de todos os países. Multiplicaram-se tratados internacionais, documentos que protegem conjuntos de direitos ou direitos específicos e suas peculiaridades. Nunca na história os direitos humanos foram tão reverenciados.

Houve uma preocupação comum daqueles que defendem essa universalização porquanto as violações de direitos são em geral produzidas pelo Estado. Sendo assim, os direitos humanos, ao receberem proteção internacional, passaram a subordinar o próprio direito estatal, colocando em cheque um dos principais pilares do Estado moderno: a soberania.¹⁰⁷

Cançado Trindade mostra-se partidário dessa universalização e justifica a necessidade da criação de instituições supranacionais de proteção de direitos de acordo com a natureza desses mesmos direitos:

A proteção dos direitos humanos ocupa reconhecidamente uma posição central na agenda internacional nesta passagem de século. Os múltiplos instrumentos internacionais no presente domínio, revelando uma unidade fundamental de concepção e propósito, têm partido da premissa de que os direitos protegidos são inerentes a todos os seres humanos, sendo assim anteriores e superiores ao Estado e a todas as formas de organização política. Por conseguinte, estes instrumentos têm sido postos em operação no

¹⁰⁷ A idéia de soberania vincula-se estritamente à idéia de Estado moderno e desde sua idealização como uma nova forma de poder político (Bodin e Hobbes) até a fundamentação de soberania popular por John Locke, serviu como fonte da idéia de poder estatal impessoal. HELD, D. *La democracia y el orden global*. Barcelona: Piadós, 1995, p. 69.

*entendimento de que as iniciativas de proteção de tais direitos não se exaurem - não podem se exaurir - na ação do Estado.*¹⁰⁸

O nascimento de uma instituição internacional com a possibilidade de exercer poderes sobre estatais evidenciou-se como uma tendência de abandono do chamado *modelo westfaliano*, instituído pela Paz de Westfália, em 1648. Tal modelo consagrava o direito de um Estado exercer o poder exclusivo no interior de suas próprias fronteiras e reclamar uma independência absoluta em relação a qualquer autoridade internacional. As relações entre Estados eram caracterizadas pelo contínuo estado de guerra de todos contra todos. Essa perspectiva, retratada pelas teorias “realistas” de política internacional, afirmava que os Estados implementavam políticas de poder com o objetivo de atender a seus interesses vitais. Nessa sociedade de Estados soberanos, a única forma de solucionar contendas ocorria por meio da guerra, pois não havia nenhuma autoridade superior para arbitrar a respeito de tais questões.¹⁰⁹

Tal modelo, que preponderou por quase trezentos anos, estaria sendo substituído por uma espécie de “governo mundial”, chamado por Danilo Zolo de *modelo cosmopolita da Santa Aliança*: “*una forma moderna de Cosmópolis, en que las relaciones no solo entre Estados, sino también entre el Estado y los ciudadanos estarían sometidas al control y al poder de intervención de un ‘gobierno mundial.*”¹¹⁰

Com o surgimento das Nações Unidas, o direito internacional passou a regular, de forma distinta, as relações entre Estados. David Held lista as principais características

¹⁰⁸ TRINDADE, Caçado. “A Consolidação ...”Op. cit.

¹⁰⁹ Principais características do modelo de Westfália: a) mundo dividido por Estados soberanos que não reconhecem nenhuma autoridade superior; b) processo de criação de direitos e resoluções de disputas a cargo unicamente do Estado; c) regras mínimas de coexistência fixadas pelo direito internacional; d) responsabilidade por atos ilegais como assunto particular entre o Estado violador e o violado; e) consideração das assimetrias de poder entre Estados pelas disposições legais internacionais, sendo todos considerados iguais perante a lei; f) conflitos entre Estados, em último caso, solucionados por meio da violência. HELD. Op. cit., p. 105.

¹¹⁰ ZOLO. Op. cit., p. 17.

do modelo instituído pela Carta de Direitos Humanos das Nações Unidas:¹¹¹ a) os indivíduos e grupos passaram a ser considerados atores legítimos nas relações internacionais, apesar de seu limitado papel; b) alguns direitos dos povos foram reconhecidos; c) o uso da força foi restringido; d) foram criadas regras, procedimentos e instituições específicas para a execução de um sistema legal nos assuntos internacionais; e) princípios legais de conduta foram adotados entre os Estados; f) uma preocupação constante com a paz, com os direitos humanos e com a justiça social foi anunciada; g) também se anunciou uma preocupação, antes ignorada, com a distribuição, com a exploração e com a apropriação de recursos naturais, propriedades e territórios, com base no conceito de “patrimônio comum da humanidade”.¹¹²

Atribui-se comumente o surgimento da ONU ao esforço das nações vitoriosas da Segunda Guerra em constituir um *governo global* capaz não apenas de garantir uma paz duradoura e estável mas, sobretudo, de evitar o surgimento de novas guerras.¹¹³ Antes da ONU, outras duas experiências também voltaram seu empenho para a formação de uma espécie de governo internacional.

Zolo faz menção ao modelo da Santa Aliança, instituído em 1815, como o primeiro desenho rumo à tentativa de formar um governo internacional que pudesse

¹¹¹ Características enunciadas pela Declaração Universal, de 1948, pelos Pactos e demais documentos relativos a direitos humanos que vêm sendo adotados no marco nas Nações Unidas. A Declaração e Programa de Ação de Viena, documento mais importante aprovado no II Conferência Mundial de Direitos Humanos de 1993, reafirma muitos desses princípios e reinterpreta pontos controversos, como a indivisibilidade dos direitos humanos, a universalidade dos valores e princípios enunciados pela Carta da ONU, a inter-relação de conceitos como democracia, desenvolvimento e direitos humanos, etc.

¹¹² Essas características do modelo ONU denunciam mais uma vez o paradoxo fundamental. Seguindo o modelo prescrito pela Carta, o resultado deveria voltar-se para a humanização e para a harmonia nas relações internacionais e não para as visíveis assimetrias entre Estados. Essa constatação justifica a opinião de autores como Danilo Zolo, que não vê sinais de progresso e democratização no modelo da Carta das Nações Unidas, e sim um aumento de concentração de poder pelas grandes potências.

¹¹³ Muitos dispositivos da Carta de São Francisco de 1947 fazem referência à intenção pacifista da nova instituição que ali surgia.

conter as violações provocadas pelas guerras daqueles últimos anos.¹¹⁴ O segundo intento surgiu com a Sociedade das Nações, constituída oficialmente em 1920. Diferentemente da Santa Aliança, que não possuía estruturas específicas, a Sociedade das Nações dispunha de uma organização interna formada por um conselho, uma assembléia, uma secretaria permanente e um tribunal de justiça.

Ambas as experiências fracassaram, sobretudo porque nenhuma das potências predispunha-se a renunciar ao seu componente essencial, à sua soberania. Em ambos os casos, os conflitos entre as nações mais importantes foram decisivos para o fracasso que inviabilizou a manutenção de uma organização internacional perene.¹¹⁵

A Organização das Nações Unidas recorreu aos mesmos objetivos enunciados pelos modelos precedentes, apresentando, como justificativa, a necessidade de estabelecer a paz duradoura valendo-se, para isso, da instituição de um governo internacional. Estados Unidos, China, Grã-Bretanha e União Soviética reuniram-se em Dumbarton Oaks, Washington DC, em 1944, para estabelecer as bases dessa nova organização. Os propósitos alcançados nessa oportunidade foram materializados na estrutura das Nações Unidas. Em abril de 1945, os cinquenta países que se reuniram em São Francisco para a Conferência das Nações Unidas entraram em acordo a respeito das linhas gerais traçadas em Dumbarton Oaks e aprovaram a

¹¹⁴ Áustria, Grã-Bretanha, Prússia e Rússia acordaram uma espécie de federação internacional destinada a promover a paz, aberta a todos os Estados, mas sob o controle e comando dessas principais potências européias. Os encontros regulares das grandes potências eram destinados a manter o *statu quo* territorial da Europa de então e resolver problemas internacionais no continente, funcionando como uma forma de prevenção ao desenvolvimento de poderes contra-hegemônicos. ZOLO. Op. cit., p. 32 e HELD. Op. cit., p. 106.

¹¹⁵ Segundo Held, os sistemas de discussão, arbitragem e garantia da Sociedade das Nações estavam muito distantes da realidade da política de poder que envolvia as nações mais poderosas da Europa. As aspirações de constituir uma organização internacional de duradoura importância foram frustradas pelas crescentes tensões internacionais dos anos trinta e pelo início da Segunda Guerra Mundial. HELD. Op. cit., p. 114. Para um estudo mais aprofundado ver ZOLO. Op. cit., pp. 41-45.

Constituição das Nações Unidas.¹¹⁶

Segundo Held, a arquitetura da ONU foi projetada para acomodar a estrutura de poder, tal como se apresentava em 1945. Uma das mais óbvias manifestações desse objetivo evidencia-se no poder concentrado nas mãos do Conselho de Segurança,¹¹⁷ que não se encontra vinculado nem mesmo à opinião da Assembléia Geral das Nações Unidas. O capítulo sétimo da Carta de São Francisco preocupa-se em estabelecer o poder de mando e de organização militar que pode ser utilizado pelo Conselho de Segurança quando este opta por uma intervenção internacional. As decisões do Conselho fundamentam-se no critério da maioria qualificada e incluem tanto o poder de veto às cinco potências quanto a possibilidade de pronunciar-se, inclusive quando o conflito envolve disputas nas quais eles mesmos estejam envolvidos.

Zolo identifica elementos comuns entre o modelo atual conduzido pelas Nações Unidas e o modelo da Santa Aliança de 1815. Segundo ele, todos os modelos buscam *“la formación de una entidad política con aspiraciones de ser universal, pacífica, jerárquica, monocéntrica y, merced a la fuerza de las circunstancias, eurocéntrica o en cualquier caso centrada en Occidente.”*¹¹⁸

Tal aspecto, relacionado com o poder efetivo da ONU, será abordado mais

¹¹⁶ Para Morenilla Rodriguez, a Declaração Universal conseguiu ser aprovada em razão de seu débil valor jurídico, pois, sendo uma declaração, não criava obrigações jurídicas para os Estados nem chegava a estabelecer um sistema internacional de proteção. RODRÍGUEZ, J. M. Morenilla. *Los sistemas para la protección internacional de los derechos humanos*. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1986, p. 43.

¹¹⁷ Não por acaso foram os cinco membros permanentes do Conselho de Segurança da ONU – Estados Unidos, União Soviética, Reino Unido, França e China – os que desenharam o esqueleto organizativo e decisório das Nações Unidas em Dumbarton Oaks. A concentração de poder pelo Conselho de Segurança tinha como justificativa o fracasso da Sociedade das Nações pela suposta ausência de poder de uma autoridade central. Os dez membros não permanentes são designados a cada dois anos pela Assembléia Geral.

¹¹⁸ ZOLO. Op. cit., p. 30.

detalhadamente em capítulo específico. Para o momento, importa salientar que é sob o poder decisório dessa instituição – ONU – que declara os objetivos da paz duradoura e prevê inúmeros documentos e mecanismos de proteção de direitos humanos, que também se vivencia o período de maior violação de direitos da história da humanidade. O sistema americano de proteção de direitos humanos faz parte desse contexto e não pode ser analisado sem que sejam considerados esse paradoxo e as relações de poder que se encontram na base do nascimento dos sistemas de proteção de direitos humanos.

2 O sistema universal e os sistemas regionais de proteção de direitos humanos

Todos os Convênios¹¹⁹ relativos a direitos humanos elaborados pelas Nações Unidas baseiam-se nos princípios enunciados na Carta de São Francisco. Essa Carta não chegou a estabelecer um sistema harmônico de proteção de direitos, pois a elaboração (redação) da Declaração e dos Pactos e de todos os demais documentos de proteção de direitos humanos foi marcadamente polêmica, enfrentando diversas opiniões ideológicas contrapostas.

Enquanto a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas preparava a Declaração Universal de Direitos Humanos, a Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO), em trabalho colaborativo, realizava um questionário para identificar os principais problemas teóricos e ideológicos que

¹¹⁹ Utiliza-se a definição de tratado como sendo um acordo de vontades entre dois ou mais sujeitos de direito internacional destinado a produzir efeitos jurídicos regulados pelo direito internacional. A denominação que se utilize (tratado, convenção, convênio, pacto, carta, constituição, acordo, compromisso, *modus vivendi*, etc.) é irrelevante no plano jurídico internacional, pois as normas relativas à sua validade, eficácia, efeitos, aplicação, cumprimento, interpretação e extinção se aplicam a todos os tipos de tratados internacionais, independentemente do termo empregado pelos negociadores. SALCEDO, Juan Antonio Carrillo. *Curso de derecho internacional público*. Madrid: Tecnos, 1991, p. 103.

envolviam a redação da Carta. O relatório foi encaminhado a pensadores da época, que revelavam divergentes posicionamentos, desde aqueles que defendiam a prevalência da liberdade individual perante os direitos da coletividade até aqueles que defendiam a inclusão dos direitos econômicos, sociais e culturais no texto oficial.¹²⁰ Ao final, decidiu-se que a Declaração Universal seria apenas a primeira parte de uma “Carta de Direitos Humanos da ONU” e que deveria ser complementada por uma Convenção de direitos elaborada posteriormente. Dos então cinquenta e oito Estados-membros das Nações Unidas, quarenta e oito votaram a favor da Declaração, nenhum contra e oito se abstiveram, dentre os quais, União Soviética, Polônia, Ucrânia, Iugoslávia e Tchecoslováquia.

Os Pactos de Direito somente foram aprovados em 1966 e esse lapso de dezoito anos representou um tempo importante para que a Declaração repercutisse em todo o mundo, adquirindo credibilidade e influenciando a redação de outras declarações internacionais de direitos humanos e cartas constitucionais.¹²¹ Os dois pactos também se tornaram fonte para outras convenções de direito em vigor e, juntamente com outros documentos que enunciavam direitos específicos, concretizaram o período legislativo do sistema universal de proteção de direitos humanos.

O intenso debate, que resultou na opção de formar dois pactos distintos para proteção de direitos considerados interdependentes, representou a vitória da opção ideológica que prevalecia na época e que prevalece até os dias atuais. Os direitos civis e políticos gozam de um maior privilégio de tratamento em relação aos direitos

¹²⁰ TRINDADE. A.A. Cançado. *Tratado de direito internacional* ...Op. cit., p.35.

¹²¹ No próximo capítulo será analisada a natureza jurídica diferenciada da Declaração de Direitos Humanos.

econômicos, sociais e culturais.¹²²

O rol de direitos reconhecidos na Declaração e nos Pactos recebeu influências da Organização Internacional do Trabalho (OIT) quanto aos direitos econômicos e sociais, e alguns direitos civis e políticos; da UNESCO quanto aos direitos relacionados à educação e a cultura, e também recebeu a influência dos trabalhos realizados pela Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas.

O catálogo de direitos dos demais sistemas pode ser maior ou menor que o catálogo da ONU, dependendo da convenção,¹²³ mas não varia substancialmente na natureza e na característica comum de sempre privilegiar direitos civis e políticos e condicionar o cumprimento dos demais “progressivamente” e “na medida dos recursos de cada Estado”.

Com a realização da II Conferência Mundial de Direitos Humanos,¹²⁴ em Viena, em 25 de junho de 1993, muitos princípios e valores já consagrados na Carta da ONU foram reafirmados e outros reinterpretados para dar fim a dúvidas e ambigüidades acumuladas ao longo do tempo. A Declaração e o Programa de Ação de Viena, principal documento elaborado na Conferência, invoca, em seu preâmbulo, o “espírito de nossa época e as realidades de nosso tempo” convocando todos os povos

¹²² A justificativa falsa que comumente é utilizada para definir a separação entre tais grupos de direitos refere-se ao suposto de que os direitos civis e políticos, por exigirem apenas a abstenção estatal (obrigações negativas), seriam mais facilmente efetivados que os demais direitos, que dependeriam de ação estatal (obrigações positivas) vinculada à conveniência, oportunidade, planejamento e disponibilidade de recursos. Tal discussão será travada no próximo capítulo, quando se abordar a análise da limitação fundamental relativa aos direitos econômicos, sociais e culturais.

¹²³ Para uma análise comparativa entre os direitos protegidos nas Convenções Européia e Americana de Direitos Humanos ver CLÉVE, Op. cit., pp. 136-182

¹²⁴ Cançado Trindade afirma que ambas as Conferências, a I Conferência Mundial, realizada em Teerã, em 1968, e esta realizada em Viena, representam, além de avaliações globais da evolução da matéria, passos decisivos na construção de uma cultura universal dos direitos humanos. TRINDADE, A. A. Cançado. *Tratado de direito internacional* ...Op. cit., pp.177 e ss.

do mundo e os Estados-membros das Nações Unidas a se dedicarem à tarefa global de promover e proteger todos os direitos humanos de modo a assegurar à pessoa humana o gozo pleno e universal de seus direitos.

O documento faz uma releitura da Declaração Universal de 1948, incorporando novos conceitos que foram sendo adquiridos por outros documentos adotados no âmbito das Nações Unidas ao longo do tempo e, mediante discussão com atores e organizações internacionais, além dos Estados-membros, apresenta como principais resultados: a) a universalidade dos direitos humanos como princípio inquestionável; b) a indivisibilidade e a inter-relação de todos os direitos humanos e o tratamento global desses mesmos direitos; c) o reconhecimento dos direitos humanos como inerentes a todos os seres humanos; d) a enunciação da necessidade de fortalecimento na inter-relação entre democracia, desenvolvimento e direitos humanos; e) a insistência no objetivo da “ratificação universal” – e sem reservas – dos tratados e protocolos de direitos humanos adotados no âmbito do sistema das Nações Unidas; f) o reconhecimento da necessidade de uma “adaptação continuada” dos mecanismos de direitos humanos das Nações Unidas às necessidades correntes e futuras de proteção; g) a afirmação da necessidade de ampliação dos procedimentos que consagram o direito de petição, a racionalização dos sistemas de relatórios, a ampliação das relatorias especiais e grupos de trabalho das Nações Unidas; h) a criação de um Alto-Comissariado de Direitos Humanos das Nações Unidas;¹²⁵ i) o reconhecimento da necessidade de se incorporarem instrumentos internacionais de direitos humanos e de direito internacional humanitário no direito interno dos Estados, de modo a assegurar-lhes a devida e plena implementação; j) a recomendação do estabelecimento de um

¹²⁵ Proposta elaborada pela Anistia Internacional e endossada por alguns Estados nas Reuniões Regionais Preparatórias da Conferência de Viena.

programa amplo de fortalecimento das “estruturas nacionais adequadas” que tenham impactos diretos na observância dos direitos humanos e na manutenção do Estado de Direito.

Todos esses princípios são também absorvidos pelos demais sistemas na interpretação das demandas atinentes a violações de direitos humanos. Ante a possibilidade interpretativa dos membros que atuam em órgãos internacionais de apuração de denúncias, tais conceitos, discutidos e reafirmados na Convenção de Viena, são considerados para averiguação da responsabilidade do Estado denunciado.¹²⁶

2.1 A proliferação do aparato internacional de proteção de direitos humanos

Apesar da multiplicidade de órgãos que se intercomunicam e se complementam no objetivo de constituir um sistema coerente de proteção dos direitos humanos, o Sistema das Nações Unidas apresenta muitas limitações e muitas incoerências internas que o impedem de ser considerado um modelo harmônico. O processo de elaboração dos pactos foi extremamente dificultado pela resistência e reticência dos Estados em aceitar um órgão de controle supranacional capaz de supervisionar as atividades estatais. Além disso, também as inúmeras diferenças sociais, políticas, econômicas ou socioculturais que separam os membros da Comunidade Internacional e acabam por permitir o agrupamento dos Estados em

¹²⁶ Os métodos interpretativos e os resultados logrados pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana são, na maioria dos casos, muito semelhantes, evidenciando uma coordenação de procedimentos.

zonas geográficas ou regiões que compartilhem o mesmo modelo sociocultural ou socioeconômico¹²⁷ deram origem ao desenvolvimento de sistemas regionais de proteção de direitos.¹²⁸

Atualmente, quatro sistemas regionais de proteção de direitos humanos coexistem no plano internacional de proteção. São eles: o sistema europeu (no Conselho da Europa), o sistema americano (na Organização dos Estados Americanos), o sistema africano (na Organização para a Unidade Africana) e o sistema árabe (na Liga dos Estados Árabes). Somente os países asiáticos encontram-se desprovidos de uma convenção regional de direitos humanos.¹²⁹

Tais sistemas agrupam países que se relacionam entre si política, econômica e culturalmente ou que compartilham uma mesma declaração de princípios. Cada sistema é autônomo em relação aos demais, embora se estruturam, como já dito, com base nos princípios instituídos pela Declaração Universal e pelos Pactos Internacionais das Nações Unidas.

Segundo Morenilla, o estabelecimento de subsistemas, a proliferação de textos e a multiplicidade de mecanismos e procedimentos que tratam de direitos

Muitas vezes, as ações que tramitam no TEDH são citadas como jurisprudência em casos semelhantes que tramitam perante a Comissão ou a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

¹²⁷ RODRIGUEZ, Op. cit., p. 57.

¹²⁸ Essa opinião, que é comumente utilizada para justificar a existência dos modelos regionais de proteção dos direitos humanos, não é unânime. Para Christian Caubet, *“Costumam-se falar em América Latina como se fosse um todo homogêneo de países, uma unidade. Geopoliticamente, o continente latino-americano, justaposto pelas duas Américas, a do sul e a central, faz parte do sistema interamericano, que por sua vez integra o hemisfério ocidental. (...) Pode-se dizer que cada Estado Americano apresenta suas idiossincrazias. As preocupações que assolam os países da América Central são distintas das preocupações que afligem os Estados da América do Sul. Os instrumentos de defesa do sistema interamericano nada mais fizeram, além de institucionalizar a supremacia dos Estados Unidos sobre a América Latina, do que acentuar ainda mais as divergências dos países latino-americanos”*. CAUBET, “Legitimidade democrática ...” Op. cit., p. 71.

¹²⁹ Cançado Trindade sugere, para maiores informações a respeito do sistema asiático de proteção dos direitos humanos, a consulta de J. Chan, “The Asian Challenge to Universal Human Rights: A Philosophical Appraisal”, in

textos e a multiplicidade de mecanismos e procedimentos que tratam de direitos humanos mostram-se prejudiciais porque deslegitimam o sistema "universalizante" oferecido pelos mecanismos das Nações Unidas, trazendo problemas de coexistência. O autor afirma que: "*Esta multiplicidad de textos sobre unos mismos derechos plantea inevitablemente problemas de interpretación de derecho material respecto al ámbito de los derechos enunciados de manera distinta en instrumentos distintos.*"¹³⁰

Acrescenta ainda que a cada novo comitê ou procedimento instituído, reconhece-se ao mesmo tempo não apenas a ineficácia dos meios existentes, mas, sobretudo, o agravamento da confusão provocada pela burocracia presente nos procedimentos das organizações internacionais.

Cançado Trindade, por outro lado, opina que essa proliferação é positiva:

*A multiplicidade de instrumentos internacionais no presente domínio faz-se acompanhar de sua unidade básica e determinante de propósito, a proteção do ser humano. Os instrumentos globais e regionais sobre direitos humanos têm se inspirado em uma fonte comum, a Declaração Universal de 1948, ponto de irradiação de esforços em prol da realização do ideal de universalidade dos direitos humanos.*¹³¹

As Nações Unidas apóiam a criação de órgãos e procedimentos especiais limitados a alguns países ou regiões e consideram essa hipótese melhor do que propostas que visem à reforma dos grandes instrumentos (sugestões de reforma dos

Human Rights and International Relations in the Asia-Pacific Region (ed. J.T.H. Tang), London/N^oY., Pinter, 1995, pp. 25-38.

¹³⁰ RODRÍGUEZ, Op. cit., pp. 44 e 65.

¹³¹ TRINDADE. A.A. Cançado. *Tratado de direito internacional* ...Op. cit., p. 115. Para o jurista, a unidade conceitual dos direitos humanos – todos inerentes à pessoa humana - transcendeu as distintas formulações de direitos reconhecidas nos distintos instrumentos, ficando descartadas quaisquer insinuações ou pretensões de supostos antagonismos entre as soluções globais e regionais.

pactos internacionais).¹³²

De qualquer modo, nenhum desses posicionamentos, sejam eles contra ou a favor da proliferação de documentos de proteção de direitos humanos no plano internacional, discute a fundamentação de tais direitos. A posição de Morenilla assume que o modelo universal deve prevalecer sem a concorrência de outros, mesmo que subsidiários, e defende essa posição em nome da eficácia, ou seja, em última instância, o autor considera como legítimo um único “conceito” de direitos humanos, uma única declaração, rejeitando a necessidade de outras interpretações, outras visões que poderiam surgir por meio de modelos regionais.

De outro lado, aqueles que, como Norberto Bobbio, entendem o fenômeno da proliferação de documentos como uma espécie de *ratificação tácita* do universalismo em matéria de direitos humanos, também estão situados em uma posição globalista de imposição de um único modelo. Cançado Trindade, Pedro Nikken e outros internacionalistas que afirmam que a “unidade conceitual” dos direitos humanos transpassa a multiplicidade de instrumentos e documentos internacionais de proteção, também não demonstram preocupação com a fundamentação de tais direitos.

O próprio modo como os autores discutem a superação das incoerências que surgem no sistema universal, ou entre este e os sistemas regionais, demonstra a tendência cada vez maior não apenas à uniformização e à padronização de direitos considerados humanos, mas também aos modos de garantia estandardizados. Para Morenilla, a desarmonia entre os sistemas poderia ser superada se ocorresse, em

¹³² O art. 52.1 da Carta de São Francisco permite a ação regional para o cumprimento dos fins definidos pelas Nações Unidas, ou seja, a Carta prevê a possibilidade de sistemas regionais funcionarem complementarmente ao

relação aos Pactos da ONU, o mesmo que ocorre no Convênio Europeu, em que há um catálogo de direitos ampliado por meio de inúmeros protocolos adicionais. Dessa forma, os pactos internacionais funcionariam como um catálogo aberto, flexível à possibilidade de constante atualização, para incorporar as realidades regionais. Outro meio de superação poderia ser a aplicação do *princípio pro vítima* adotado pela Comissão Européia de Direitos Humanos e pelo Tribunal Europeu.¹³³ Desta forma, a interpretação dos diferentes instrumentos seria guiada pela norma mais favorável à vítima.¹³⁴

Como já salientado, é fato que os documentos dos sistemas regionais encontram-se profundamente influenciados pelo sistema universal. Mesmo o sistema africano, que prevê expressamente a indivisibilidade entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais, além de estabelecer prerrogativas aos direitos coletivos, possui sua estrutura vinculada à estrutura da Declaração Universal.¹³⁵

Em outras palavras, exibindo um elenco de direitos maior ou menor, mais preciso ou mais genérico, o essencial, os valores comuns a todos esses distintos sistemas estão fundamentados e fundamentam uma concepção de mundo que permite a

sistema ONU.

¹³³ Parte da doutrina estima que o conjunto de tratados que versem sobre uma mesma matéria seja interpretado conforme as regras do Convênio de Viena sobre o Direito dos Tratados, em especial o art. 32 que trata dos meios de interpretação complementar. Assim, o princípio *pro vítima* poderia ser balizador das normas que versam sobre os mesmos direitos, sempre buscando a situação mais favorável à vítima.

¹³⁴ O critério da primazia da norma mais favorável às vítimas contribui, segundo Cançado Trindade, para minimizar as possibilidades de conflito entre os diversos instrumentos legais, além de proporcionar uma maior coordenação entre tais instrumentos em dimensão tanto vertical (tratados e instrumentos de direito interno) quanto horizontal (dois ou mais tratados). Também contribui para demonstrar a tendência e o propósito da coexistência dos distintos instrumentos jurídicos na ampliação e fortalecimento da proteção. TRINDADE. A.A. Cançado. *Tratado de direito internacional* Op. cit., p. 436.

¹³⁵ A redação da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos baseia-se no modelo da Declaração Universal. A Carta Árabe de Direitos Humanos utiliza o modelo da Declaração Universal aplicado às causas árabes. Os

coexistência de flagrantes e sistemáticas violações de direitos humanos.

Cançado Trindade reconhece que *“cada sistema regional de direitos humanos vive um momento histórico distinto, e, em todo caso, os instrumentos regionais e globais (Nações Unidas) de proteção afiguram-se como essencialmente complementares, operando todos eles no âmbito da universalidade dos direitos humanos.”*¹³⁶

Tal universalidade fundamenta-se na suposta legitimidade de um rol de direitos convencionados no âmbito das Nações Unidas e materializados numa declaração universal e que, mediada pelos Estados, protege a todos os seres humanos, em todos os lugares do planeta.

Antes de significar uma legitimação ou um consenso, esse modelo apresenta-se de modo impositivo, assim como outros conceitos que o sustentam e por ele são sustentados. O conceito de democracia adotado pela ONU e por seus órgãos, em especial os organismos econômico-financeiros, leva em consideração o modelo de Estado dos países ocidentais considerados Primeiro Mundo.¹³⁷ O conceito de desenvolvimento não considera aspectos culturais distintos do padrão ocidental, mas tão-somente o crescimento econômico e o poder aquisitivo como meios de satisfação de necessidades de consumo. O “mercado capitalista totalizante”, como já definido

sistemas europeu e americano também utilizam o modelo universal, com vetor para suas declarações de direitos, como veremos mais detalhadamente nas seções seguintes.

¹³⁶ TRINDADE, “A Consolidação ...”Op. cit., p. 3.

¹³⁷ Para Robert Dahl não existe a democracia perfeita. A forma mais desenvolvida de democracia que já foi alcançada pela humanidade é a “poliarquia” definida como “o conjunto de instituições necessárias para (que ocorra) o processo democrático em grande escala”. A poliarquia de Dahl contém sete instituições: 1) governantes eleitos; 2) eleições livres e justas; 3) sufrágio inclusivo (universal); 4) direito de postular-se para governar; 5) liberdade de expressão; 6) informação alternativa; 7) autonomia associativa. Para um estudo mais aprofundado ver DAHL, R. *Democracy and its critics*. New Haven & London: Yale University, University Press, 1989, pp.25-26 e FERNÁNDEZ, Eduardo Saxe. *La nueva oligarquía latinoamericana*. Costa Rica: EUNA, 1999, p. 35.

anteriormente, é, em última instância, o balizador de todos os direitos humanos previstos na Carta das Nações Unidas.

Vive-se diante de um modelo de sociedade que se impõe como universal e que utiliza o exemplo de uma pequena parcela da humanidade, concentrada nos países ricos e nas elites dos países pobres, como paradigma a ser alcançado pelos que ainda nele não estão “incluídos”. A inclusão se processa via mercado, e o requisito contempla o poder de consumo. Assim, diariamente, milhões de pessoas perdem sua dignidade em troca da possibilidade de conseguir um emprego (independentemente das condições de trabalho) e outras tantas, consideradas efetivamente excluídas, morrem de fome.¹³⁸

Não se trata aqui, como já dito, de desacreditar o mérito do Direito Internacional dos Direitos Humanos.¹³⁹ No próximo capítulo será feita a análise do funcionamento do sistema americano e, comparativamente, do sistema europeu de proteção dos direitos humanos, abordando seus avanços, limitações e importância na efetivação de alguns direitos que, sem a existência desses organismos internacionais, jamais teriam sido alcançados. Mas, de acordo com a metodologia proposta no início

¹³⁸ Não é objetivo deste trabalho a análise das violações psicológicas de que está sendo alvo a humanidade, mas não podemos perder de vista mais esse aspecto, pois a subjetividade está completamente afetada pelas teorias que afirmam e reafirmam a existência de uma única via, seja ela chamada de primeira, segunda ou terceira, que coincide com os grandes interesses econômicos. Para uma análise nessa perspectiva ver FORRESTER, Viviane. *Uma extraña dictadura*. Barcelona: Anagrama, 2001. BOURDIEU, Pierre. *Poder, derecho y clases sociales*. Bilbao: Desclée, 2000, pp 70-81. BARCELONA, Pietro. *O egoísmo maduro e a insensatez do capital*. São Paulo: Ícone, 1995. GEORGE, Susan. *Informe Lugano*. Barcelona: Encuentros, 2001. ALVES, Giovanni. *O novo (e precário) mundo do trabalho*, CAPELLA, Juan Ramón. *Fruta prohibida*. Madrid: Trotta, 1997. São Paulo: Boitempo, 2000.

¹³⁹ Cançado Trindade vê, nesse processo de aprimoramento da proteção internacional dos direitos humanos, o nascimento de um ramo autônomo da ciência jurídica contemporânea – o Direito Internacional dos Direitos Humanos - dotado de uma especificidade própria, um *direito de proteção* marcado por uma lógica própria, voltada para a salvaguarda dos direitos dos seres humanos, independentemente do Estados. Esse novo ramo está dotado de um *corpo iuris* próprio, formado por instrumentos internacionais de proteção, de natureza e efeitos jurídicos variáveis tanto no plano global (Nações Unidas) quanto regional. TRINDADE, “A Consolidação ...”, p. 20.

do trabalho, importa registrar a constatação não apenas de que todos os sistemas de proteção integram um mesmo modelo universal, como também a de que esse modelo de proteção de direitos humanos faz parte de outro modelo maior, um modelo de sociedade preconcebido e estruturado para comportar “esse” modelo de proteção de direitos e não outro.¹⁴⁰

O sistema interamericano faz parte do modelo ONU, que faz parte do modelo “mercado capitalista totalizante”. Seu funcionamento pode ser entendido como uma espécie de amostra do modelo central. Seu mecanismo, suas tendências, suas limitações e superações acompanham todo o sistema e proporcionam um ponto de partida para reflexão a respeito do sentido de se lutar por direitos humanos no marco em que eles são estabelecidos atualmente.

Na seqüência serão brevemente examinadas algumas características do sistema ONU e dos sistemas europeu, africano e árabe e, logo a seguir, o histórico do surgimento do sistema interamericano de proteção de direitos humanos.

2.2 Órgãos e procedimentos para a proteção de direitos humanos

As próximas seções oferecem um conjunto de informações históricas e descritivas dos diversos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos e alguns aspectos normativos, em especial os relacionados aos procedimentos de apuração de denúncias de violação de direitos humanos.

¹⁴⁰ Esse raciocínio segue a idéia, já mencionada no capítulo anterior, de que o sistema permite/não-permite conforme os limites de sua própria existência. Uma vez ameaçado, o sistema dominante encontra meios de destruir a ameaça. Franz Hinkelammert trabalha essa idéia identificando uma “ética de mercado” que se auto-reproduz: a chamada “ética do bando de ladrões”, conforme explicitada no último capítulo.

O sistema americano de proteção de direitos humanos terá destaque a partir da seção 2.3, momento em que serão apresentados seus antecedentes, os principais documentos que consagram os direitos humanos no âmbito da OEA (Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e Convenção Americana dos Direitos Humanos) e o funcionamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e da Corte Interamericana de Proteção dos Direitos Humanos.

O leitor que já possui conhecimento das características históricas e do funcionamento normativo dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos poderá, se entender conveniente, seguir diretamente para o capítulo seguinte, no qual serão trabalhadas as peculiaridades, avanços e limitações do sistema americano em comparação com os sistemas europeu e universal de proteção de direitos humanos.

2.2.1 Sistema universal

Uma característica que deve ser considerada em qualquer análise da proteção de direitos humanos no âmbito das Nações Unidas é que essa organização comporta sistemas com regras próprias, órgãos e documentos para finalidades diversas e, em muitos casos, incompatíveis com a proteção dos direitos humanos.¹⁴¹

Dentre os principais órgãos que compõem as Nações Unidas estão a

¹⁴¹ Como serão analisados em outro capítulo, os organismos financeiros e econômicos internacionais também fazem parte da estrutura da ONU. O cumprimento de regras de comércio internacional pode conduzir à automática violação de direitos humanos, conforme costuma acontecer com muitos direitos ambientais. Em um artigo sobre comércio internacional e seus reflexos sobre o meio ambiente, Christian Guy Caubet conclui que “*A lógica de base é, pois, cristalina: os acordos comerciais têm primazia e os acordos ambientais, por melhores que sejam suas premissas, devem subordinar-se. É a lição que resulta das soluções encontradas em diversas controvérsias internacionais*”. CAUBET, Christian G. “A irresistível ascensão do comércio internacional: o meio ambiente fora da lei?” em *Revista Crítica Jurídica* n.º 17, Curitiba, ago de 2000. p.235.

Assembléia Geral das Nações Unidas, o Conselho Econômico e Social e o Secretariado das Nações Unidas. Cada um desses órgãos possui funções específicas para o tratamento dos direitos humanos.

A Assembléia Geral apresenta-se como um órgão essencialmente deliberativo e que possui a função de assegurar a todos, sem distinção, o desfrute dos direitos humanos. Para isso, encarrega-se de elaborar as *recomendações*¹⁴² aos Estados, as quais incluem medidas para assegurar a solução pacífica dos problemas. O Conselho Econômico e Social compartilha com a Assembléia Geral a função de fazer recomendações aos Estados com o objetivo de assegurar a proteção dos direitos humanos. Tem competência para receber *informes*¹⁴³ dos Estados-membros e de outros órgãos da ONU e também para averiguar o cumprimento das recomendações. O Secretariado dispõe de poderes para alertar o Conselho de Segurança da ONU a respeito de qualquer assunto que em sua opinião possa colocar em perigo a paz e a segurança internacional. Também tem funções de receber os informes e repassar para os organismos competentes para a proteção dos direitos humanos, sendo essa uma função organizativa.

O Conselho de Segurança e o Tribunal Internacional de Justiça também exercem importante papel no tratamento dos direitos humanos. O Conselho de Segurança atua como um órgão de execução. Tem como objetivo a manutenção da paz e da segurança internacional. Compõe-se de quinze membros e funciona como órgão de última instância. Em alguns casos, adota medidas contundentes para obrigar os

¹⁴² Essas *recomendações* não consistem em resoluções ou decisões judiciais e não têm caráter executivo. Apresentam uma espécie de advertência dirigida aos Estados para que sejam adotadas medidas oportunas para fazer cessar a situação contrária aos direitos individuais ou às liberdades fundamentais.

¹⁴³ Os informes devem ser criteriosamente elaborados pelos Estados, informando aspectos políticos, jurídicos, etc., inclusive com participação de organismos não-governamentais.

Estados a cumprirem suas obrigações internacionais de respeito à manutenção dos direitos humanos.¹⁴⁴ Já o Tribunal Internacional de Justiça constitui o principal órgão judicial das Nações Unidas. Todos os membros das Nações Unidas integram o Estatuto do Tribunal Internacional e se comprometem a conformar-se com as decisões dela emanadas em todos os litígios nos quais apresentem-se como partes. Caso a decisão não seja cumprida, a outra parte pode recorrer ao Conselho de Segurança para fazer valer seu direito.¹⁴⁵ O Tribunal Internacional de Justiça não tem nenhuma competência específica em matéria de direitos humanos e sua missão restringe-se a decisões a respeito das questões que lhe são submetidas pelos Estados Partes. A sua atuação em matéria de direitos humanos tem sido pouco frequente.¹⁴⁶

Para auxiliar a Assembléia Geral e o Conselho Econômico e Social, a Carta prevê a criação de comissões, subcomissões e grupos de trabalho com mandatos específicos. São, pois, órgãos específicos e auxiliares, dentre outros: a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas; Subcomissão sobre a Prevenção contra Discriminações e Proteção de Minorias;¹⁴⁷ Comissão sobre a Condição da Mulher;¹⁴⁸ Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.¹⁴⁹

¹⁴⁴ Serão analisadas posteriormente as *intervenções humanitárias* conduzidas pelo Conselho de Segurança da ONU nos últimos anos.

¹⁴⁵ Essa prerrogativa nunca foi utilizada. A sentença proferida por esse tribunal contra os Estados Unidos no caso Nicarágua vs. Estados Unidos não surtiu efeitos, mesmo tendo sido fixada uma indenização ao país violado. O governo norte-americano alegou que não conhecia a competência jurisdicional do Tribunal da ONU. Uma análise mais completa será realizada no capítulo quarto.

¹⁴⁶ Uma observação relevante parece ser a de que nenhum pacto ou convênio europeu, nem americano e nem mesmo a Carta Africana reconhecem a competência desse tribunal para a resolução dos conflitos. RODRIGUEZ, Op. cit., p. 33.

¹⁴⁷ Competente para combater as discriminações em matéria de sexo, raça, língua, religião e também no campo da proteção das minorias. Deve apresentar recomendações à Comissão de Direitos Humanos. Atua com grande independência e por muitas vezes tem sido acusada de radical por sua postura preventiva à negação de indivíduos ou grupos a igualdade de tratamento em situações determinadas.

¹⁴⁸ Realiza tarefas similares às da Comissão de Proteção dos Direitos Humanos, mas no âmbito das causas relativas à mulher.

¹⁴⁹ Em 1979 o Conselho Econômico e Social estabeleceu um grupo de trabalho encarregado da análise dos informes a respeito das violações do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Esse grupo foi elevado à

A Comissão de Direitos Humanos elaborou os projetos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, do Pacto de Direitos Civis e Políticos e do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e diversos outros instrumentos relacionados com os direitos humanos. Além desse importantíssimo papel, possui outra função igualmente importante, ditada pela Resolução n.º 1.503, de 17 de maio de 1970, que estabelece procedimentos para tratar das denúncias relativas a violações de direitos humanos. Um grupo de trabalho é encarregado de proceder a filtragem das denúncias recebidas e que, se aceitas, são levadas à Comissão. A Comissão pode remetê-las ao Conselho Econômico que elabora recomendações ao Estado.

Existem ainda os órgãos estabelecidos por convenções internacionais: Comitê de Eliminação da Discriminação Racial; Comitê dos Direitos Humanos; Comitê contra a Discriminação da Mulher e Comitê Contra a Tortura; órgãos especializados das Nações Unidas, relacionados com direitos humanos: Organização Internacional do Trabalho (OIT)¹⁵⁰, Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura (UNESCO)¹⁵¹, Organização Mundial da Saúde (OMS), Organização para Alimentação e Agricultura (FAO) e Convenção de Genebra de 1949 para Proteção de Vítimas da Guerra.

Dentre os principais procedimentos existentes no sistema universal para a

condição de Comitê, com 18 membros, com função análoga á dos demais Comitês (apresentar informes ao Conselho Econômico e Social).

¹⁵⁰ Foi estabelecida no Tratado de Versalles de 1919 e sua constituição se modificou em 1946. Desde sua criação, a OIT se ocupa da defesa dos direitos sociais em textos que tem inspirado textos universais e regionais relativos a direitos econômicos, sociais e culturais e também certos direitos civis e políticos. A OIT também possui mecanismos de controle para vigiar a aplicação de direitos pelo Estado. Esse controle é exercido através da análise dos informes apresentados periodicamente pelos governos (realizada pela Oficina Internacional do Trabalho) e a formulação de recomendações, fiscalizada por uma Comissão de Expertos, formada por representantes do governo, representantes de empregadores e de trabalhadores.

¹⁵¹ O Conselho Executivo da UNESCO também pode examinar denúncias de violações de direitos humanos relacionados com a educação, a ciência e a cultura, respeitando, para tanto, os procedimentos estabelecidos na Resolução de 28 de abril de 1978.

proteção dos direitos humanos estão: o procedimento da Resolução n.º 1503, do Conselho Econômico e Social, e o procedimento do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e do Protocolo Facultativo.¹⁵²

O Procedimento da Resolução n.º 1503, do Conselho Econômico e Social, oferece a vantagem de poder ser utilizado por qualquer indivíduo, grupo de indivíduos ou organizações governamentais contra qualquer Estado, já que compreende todos os Estados integrantes das Nações Unidas. Diz respeito a *violações flagrantes e sistemáticas* de direitos humanos, excluindo a possibilidade de análise de violações que se resumam a um fato único e específico. A denúncia pode ser levada ao Conselho Econômico e Social e este pode transmiti-la até a Assembléia Geral, que fará uma recomendação para que cesse a situação de violência. Em situações extremas, a Assembléia encaminha os casos ao Conselho de Segurança, para que examine a situação e decida adotar medidas no caso de descumprimento. Essas medidas podem ser a interrupção das relações diplomáticas, econômicas ou de comunicação.

O procedimento do Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos foi instituído por um tratado internacional em que os Estados signatários se obrigam a cumprir, perante o Comitê de Direitos Humanos, eventuais ditames referentes ao descumprimento de normas do Pacto.¹⁵³ O Comitê não tem natureza decisória. Atua como uma instância de conciliação e investigação de denúncia de particulares, ou entre Estados, desde que estes reconheçam o Protocolo Facultativo. Dentro dessas condições, comprovada a violação, é possível obter-se uma

¹⁵² Existem outros procedimentos, como a resolução de 1978 do Conselho Executivo da UNESCO e os Comitês contra a discriminação racial, discriminação em matéria de educação, contra a tortura, etc.

¹⁵³ Não há protocolo facultativo equivalente para os direitos econômicos, sociais e culturais. Existe o Protocolo Facultativo da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra Mulher, dois Protocolos Facultativos da Convenção sobre Direitos das Crianças (um em relação aos conflitos armados e outro

solução amistosa. Caso essa mesma solução não seja atingida, o Comitê nomeia uma Comissão *ad hoc* para que elabore um informe contendo um relato dos fatos comprovados. Se nem mesmo tais medidas não surtirem efeito, entrega-se a questão ao Tribunal Internacional de Justiça, cujas sentenças apresentam-se como definitivas e obrigatórias, podendo, em caso de não serem cumpridas, serem encaminhadas ao Conselho de Segurança.¹⁵⁴

Para o acionamento do Conselho de Segurança, regras específicas devem ser observadas. No entanto, sua atuação em diversos episódios tem demonstrado que nem sempre as regras são cumpridas.¹⁵⁵ O poder de *intervenção humanitária* em nome da paz tem sido muito questionado por diversos analistas políticos, porque resulta na promoção de longos períodos de conflito armado, que sacrificam vidas e direitos em nome de outros direitos.¹⁵⁶ Essa racionalidade denuncia a utilização intencional desse organismo por países economicamente mais fortes e por interesses muito distantes dos direitos humanos.¹⁵⁷

Por outro lado, até o início da década de noventa, mais de 350 mil denúncias já foram enviadas às Nações Unidas por meio do chamado sistema

relativo a venda de crianças, prostituição infantil e utilização de crianças em pornografia) e um projeto, em andamento, de Protocolo Facultativo sobre a Tortura.

¹⁵⁴ RODRIGUEZ, Op. cit., pp.76 e 77.

¹⁵⁵ Basta recordar a atuação das Nações Unidas na Guerra do Golfo e as intervenções na Somália, em Ruanda e no Haiti.

¹⁵⁶ Os jornais têm noticiado o julgamento do ex-ditador iugoslavo Slobodan Milosevic no Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia. Esse Tribunal, criado em maio de 1993 pela resolução 827 do Conselho de Segurança da ONU, tem jurisdição sobre pessoas responsáveis por genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade ocorridos no território da ex-Iugoslávia (Eslovênia, Croácia, Bósnia, Macedônia, e a atual Iugoslávia, Sérvia e Montenegro) a partir de 1º de janeiro de 1991. O acusado não reconhece a legitimidade do Tribunal alegando que esse organismo não foi criado pela Assembléia Geral da ONU. A guerra de Kosovo é um excelente exemplo de como se processa a *inversão ideológica dos direitos humanos*. Folha de São Paulo, Mundo, 4 de julho de 2001. Em momento oportuno serão explicitadas as teses de Hinkelammert e Zolo sobre a racionalidade presente no sistema ONU, que “permite violar os direitos humanos do violador de direitos humanos”.

¹⁵⁷ Estes argumentos serão mais detalhadamente analisados no capítulo quarto deste trabalho.

extraconvencional da Resolução n.º 1503 do ECOSOC. Sob o Pacto de Direitos Civis e Políticos e seu Primeiro Protocolo Facultativo, o Comitê de Direitos Humanos recebeu, até abril de 1995, mais de 630 comunicações e, em 73% dos casos examinados, concluiu que haviam ocorrido violações de direitos humanos. O Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial havia examinado (sob a Convenção do mesmo nome), em suas duas primeiras décadas de operação, 810 relatórios (periódicos e complementares) dos Estados Partes. E o Alto-Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), decorridas quatro décadas de operação do sistema, cuida hoje de mais de 17 milhões de refugiados em todo o mundo.¹⁵⁸

2.2.2 Sistema europeu

O Convênio Europeu de Direitos Humanos, aprovado em 1953,¹⁵⁹ possui como principal função assegurar o reconhecimento e a aplicação universal e efetiva dos direitos reconhecidos na Declaração Universal. A lista de direitos consagrados no Convênio Europeu é mais reduzida que os contidos no rol da Declaração Universal e do Pacto de Internacional de Direitos Civis e Políticos. A Convenção Européia não inclui a proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais, que foram objeto de documento específico – Carta de Social Européia ou Carta de Turín.¹⁶⁰ O Convênio

¹⁵⁸ TRINDADE, A. A. Cançado. *Tratado de direito internacional ...* Op. cit., pp. 61 e ss. Na II Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, em Viena, 1993, China, Cuba e muitos países latino-americanos acusaram as propostas elaboradas para compor os documentos de serem mais uma estratégia de “hegemonismo” por parte dos países ocidentais, buscando aproveitar o fim do equilíbrio bipolar para impor seus valores, seu sistema político e sua supremacia econômica ao restante do mundo. O choque foi ainda maior a respeito da proposta de criação de um Alto Comissariado para os Direitos Humanos, que atuaria no âmbito das Nações Unidas com amplos poderes de controle e intervenção. ZOLO, Op. cit., p. 165.

¹⁵⁹ Aprovado em Roma, em 4 de novembro de 1950, por quinze Estados europeus, entrando em vigor somente em setembro de 1953.

¹⁶⁰ Aprovada em 18 de outubro de 1961 e que entrou em vigor em junho de 1980.

tem sido complementado por protocolos adicionais que instituem novos direitos.¹⁶¹

O Procedimento do Convênio Europeu de Direitos Humanos destaca-se como o que apresenta melhores resultados dentre todos os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos. A efetividade das decisões se processa em decorrência do *princípio de cooperação e diligência em corrigir qualquer situação denunciada ante a Comissão*, além de um maior rigor nas decisões. Um Estado que se negue a cumprir as decisões do Comitê de Ministros ou do Tribunal tem ameaçada a sua participação no Conselho da Europa. Se a Comissão recebe a denúncia, investiga, tenta um acordo amistoso e redige um informe para apresentar ao Conselho de Ministros, que, ou decide, fixando um prazo para que o Estado tome providências, ou envia seu informe, conforme a competência, ao Tribunal de Justiça. O Tribunal Europeu dita a sentença definitiva e, em geral, obtém êxito pelo *animus cooperativo*.¹⁶²

Até o início da década de noventa, a Comissão Européia de Direitos Humanos já arbitrara a respeito de quinze mil reclamações individuais sob a Convenção Européia de Direitos Humanos, ao passo que a Corte Européia de Direitos Humanos totalizava 191 casos submetidos a seu exame, com 91 casos pendentes.¹⁶³ Por meio dessa jurisprudência, tem-se formado um *pretório* que vem perfilando o sistema europeu de proteção e as linhas da Carta de Direitos Fundamentais da Comunidade Européia.

¹⁶¹ Alguns exemplos: o Protocolo I acrescentou o polêmico direito fundamental ao respeito da propriedade privada, além de outros direitos. O Protocolo IV proíbe a privação de liberdade por descumprimento de uma obrigação contratual, reconhece o direito à livre circulação em todo o território de um Estado, proíbe a expulsão de nacionais e a expulsão coletiva de estrangeiros, etc. RODRIGUEZ, José M. Morenilla, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos: textos internacionales de aplicación*. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1988, p. 24.

¹⁶² Idem, pp. 80-83.

¹⁶³ TRINDADE, A. A. Cançado. *Tratado de direito internacional ...* Op. cit., p. 62.

O funcionamento do Tribunal Europeu será visto no capítulo seguinte, em conjunto com a análise do funcionamento da Comissão Americana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

2.2.3 Sistema africano

O sistema africano está baseado na Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, de 1981, documento que enuncia conjuntamente os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais. Apesar de ser a única declaração de direitos que assume a interdependência entre todas as gerações de direitos, o sistema africano é ainda desprovido de um eficaz mecanismo de proteção desses direitos. A função da Comissão Africana de Direitos Humanos se restringe a investigar as *comunicações* dos Estados e preparar informes que serão publicados.

Em fins de 1997, a Comissão Africana debruçava-se em um Projeto de Protocolo para a Carta Africana que previa o estabelecimento de uma Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos.¹⁶⁴

A Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos examinou, até o início da década de noventa, aproximadamente quarenta reclamações ou comunicações sob a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, algumas das quais já decididas.¹⁶⁵

Em razão da pouca efetividade quanto ao atendimento dos direitos

¹⁶⁴ Para o texto do referido Projeto de Protocolo, cf. documento OAU/LEG/EXP/AFC/HPR(I), reproduzido in: 8 *African Journal of International and Comparative Law* (1996), pp. 493-500.

¹⁶⁵ TRINDADE, A. A. Cançado. *Tratado de direito internacional ...* Op. cit., pp 62-63.

humanos, não serão objeto desse trabalho os resultados aferidos pelo sistema africano de proteção dos direitos humanos, restringindo-se apenas a essa breve seção informativa.

2.2.4 Sistema árabe

A Liga dos Estados Árabes, criada em 1945, possui, entre suas comissões especializadas, a Comissão Permanente de Direitos Humanos, criada em 1968, responsável pela elaboração da Carta Árabe de Direitos Humanos.¹⁶⁶ O sistema árabe também é débil quanto à garantia dos direitos humanos, funcionando com base em informes e publicações.

O sistema árabe também não será aprofundado no presente trabalho. Para um estudo aprofundado, Cançado Trindade faz menção à obra de Al Midani, “Introduction à la Charte Arabe des Droits de l'Homme”.¹⁶⁷

3 O sistema americano de proteção de direitos humanos

O sistema americano apresenta-se muito mais avançado que os sistemas africano e árabe quanto aos procedimentos instituídos para apuração de denúncias de violação de direitos humanos, mas segue contendo muitas limitações. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, criada em 1959, tem o poder de “convidar” o

¹⁶⁶ O Conselho da Liga dos Estados Árabes adotava, em 15 de setembro de 1994, na quarta convenção regional de direitos humanos, a Carta Árabe de Direitos Humanos.

¹⁶⁷ Texto reproduzido in: *7 Revue universelle des droits de l'homme* (1995) pp. 212-214. Para comentários, cf. M.A. Al Midani, “Introduction à la Charte Arabe des Droits de l'Homme”, 104/106 *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (1996) pp. 183-189.

Estado-membro da OEA para que colabore na averiguação da existência de violações de direitos. O procedimento de denúncias individuais foi institucionalizado na Convenção Americana de Direitos Humanos, adotada em São José da Costa Rica, em 1969, em caráter obrigatório a todos os Estados-membros.

O Procedimento da Convenção permite a toda a pessoa, ou grupo, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida, denunciar questões de violação ante a CIDH. No caso de denúncias interestatais, no entanto, o procedimento condiciona-se ao reconhecimento da competência da Comissão pelos respectivos Estados. Neste ponto específico, o sistema europeu é diferente. No restante, é praticamente igual, prevendo igualmente a solução amistosa, a elaboração dos informes (relatórios), ditames e recomendações e a eventual remessa do caso ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos. A efetividade da sentença fica dependendo da vontade dos Estados.¹⁶⁸

A Corte Interamericana de Direitos Humanos recebe os casos encaminhados pela Comissão e a respeito deles emite decisão que deverá ser cumprida pelo Estado violador. A Corte também possui função consultiva, elaborando as chamadas *opiniones consultivas* requeridas pelos Estados ou por órgãos da Organização dos Estados Americanos.

A CIDH ultrapassava o total de dez mil comunicações examinadas até a década de noventa, enquanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos passava a exercer regularmente sua competência contenciosa, contando hoje com vinte e cinco casos contenciosos examinados (totalizando aproximadamente setenta decisões, entre

¹⁶⁸ No próximo capítulo será abordada a questão da eficácia das sentenças dos tribunais internacionais.

resoluções e sentenças).

As seções seguintes serão dedicadas ao sistema americano - que é o objeto do presente trabalho – desde suas origens até o funcionamento da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Como já alertado anteriormente, para aqueles que já dominam o funcionamento de tais órgãos, a leitura das últimas duas seções do presente capítulo torna-se desnecessária.

3.1 Antecedentes

A origem do sistema interamericano, que em 1948 passou a ser chamado de Organização dos Estados Americanos, pode ser encontrada no Congresso do Panamá, realizado em 1826, momento em que Simon Bolívar estudava a possibilidade de criação de uma confederação de Estados Latino-americanos. Isso deveria ter sido mediado pelo através do Tratado de União Perpétua, Liga e Confederação¹⁶⁹ que uniria Colômbia (incluindo Equador, Panamá e Venezuela), México, Centroamérica e Peru, mas somente a Colômbia o ratificou.¹⁷⁰ Mesmo frustradas as expectativas integracionistas, as reuniões continuaram acontecendo periodicamente a partir de 1880, quando foi criada a União Internacional das Repúblicas Americanas, na Primeira Conferência Internacional Americana, em Washington DC.¹⁷¹

¹⁶⁹ O Tratado de União Perpétua, Liga e Confederação reconheceu o princípio da igualdade jurídica dos nacionais de um Estado com os estrangeiros. Além disso, instituiu o fim da escravidão.

¹⁷⁰ BUERGENTHAL, Thomas, NORRIS, Robert E., SHELTON, Dinah. *La proteccion de los derechos humanos en las Américas*. Madrid: Civitas, 1990, p.31.

¹⁷¹ Desde então, as reuniões foram realizadas na Cidade do México, México (1901), no Rio de Janeiro, Brasil (1906), em Buenos Aires, Argentina (1910), em Santiago, Chile (1923), em Havana, Cuba (1928), em Montevidéu, Uruguai (1933) e em Lima, Peru (1938). A Nona Conferência Internacional Americana, realizada em Bogotá no início de 1948, aprovou a Carta da Organização dos Estados Americanos.

Essa União teve como objetivo a circulação e distribuição de informações comerciais, criando-se para tal a Oficina Comercial das Repúblicas Americanas.¹⁷² Apesar dos objetivos comerciais, todo o período que antecedeu à Segunda Guerra foi frutífero no reconhecimento de alguns direitos humanos no plano internacional. As reuniões, já no contexto das Guerras, passaram a tratar de problemas de paz e segurança,¹⁷³ questões relacionadas com o direito dos estrangeiros, nacionalidade e asilo, crimes de guerra, perseguição por motivos raciais e religiosos, direito da mulher, livre acesso a informações e condições de trabalho, dentre outros.¹⁷⁴

Somente na 9ª Conferência Interamericana, realizada em Bogotá, em maio de 1948, é que foi adotada a Carta da OEA, mais tarde reformada pelo “Protocolo de Buenos Aires”, em 1967 e ainda pelo “Protocolo de Cartagena de Índias”, em 1985.

3.2 Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem

Na mesma Conferência em que se instituiu a Carta da OEA, também foi aprovada a Resolução XXX, mais conhecida como Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem.

A Carta da OEA revela, tanto nos propósitos essenciais quanto na declaração de princípios, uma reiterada preocupação com a paz duradoura¹⁷⁵ e o

¹⁷² Posteriormente rebatizada como *União das Repúblicas Americanas* e novamente como *União Panamericana* e, já na estrutura da OEA, foi chamada de *Secretaria Geral da Organização*.

¹⁷³ Como a Conferência Interamericana para a Manutenção da Paz, realizada em Buenos Aires, em 1936, onde se estabeleceu um novo mecanismo chamado “consultas” para resolver problemas urgentes e situações imprevistas.

¹⁷⁴ BUERGENTHAL, Thomas e outros. Op. cit. p. 33.

¹⁷⁵ Um importante antecedente do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos deu-se com o fim da Segunda Guerra Mundial, na Conferência Interamericana sobre os Problemas da Guerra e da Paz, realizada em

desenvolvimento econômico e social do continente, mas somente de forma genérica e breve evidencia que um de seus princípios contempla o “*respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, sem distinção de raça, nacionalidade, credo ou sexo.*”¹⁷⁶

É a Declaração Americana que vem especificar os direitos humanos fundamentais a serem observados e garantidos, definindo, logo no preâmbulo, que “*os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele cidadão de determinado Estado, mas sim do fato de os direitos terem como base os atributos da pessoa humana.*”¹⁷⁷

Apesar do extenso rol de direitos, a Declaração Americana foi instituída via resolução e necessitava de um tratado internacional capaz de servir como base legal para que os direitos ali enunciados se tornassem exigíveis. Ocorrência semelhante registrou-se no âmbito das Nações Unidas, que requereu a elaboração dos dois pactos para, somando-se à Declaração Universal de 1948, completar o sistema legislativo de proteção de direitos humanos. Sem uma vinculação jurídica, as declarações não

fevereiro e março de 1945, na Cidade do México e que aprovou, entre outras resoluções, a resolução XXVII, “Liberdade de informação” e a resolução XL, “Proteção internacional aos direitos essenciais do homem”. Outro antecedente apontado como essencial para o nascimento do sistema de proteção de direitos encontra-se no preâmbulo do Tratado Interamericano de Assistência Recíproca (TIAR) (Rio de Janeiro, Brasil, 1947), em que um dos considerandos expressa o seguinte: “a paz se funda da justiça e na ordem moral e, portanto, no reconhecimento e na proteção internacionais dos direitos e liberdades da pessoa humana”.

¹⁷⁶ A Carta da OEA estabelece, como propósitos essenciais, os seguintes: a) garantir a paz e a segurança continentais; b) promover e consolidar a democracia representativa, respeitado o princípio da não-intervenção; c) prevenir as possíveis causas de dificuldades e assegurar a solução pacífica das controvérsias que surjam entre os seus membros; d) organizar a ação solidária desses em caso de agressão; e) procurar a solução dos problemas políticos, jurídicos e econômicos que surgirem entre os Estados-membros; f) promover, por meio da ação cooperativa, seu desenvolvimento econômico, social e cultural; e g) alcançar uma efetiva limitação de armamentos convencionais que permita dedicar a maior soma de recursos possíveis ao desenvolvimento econômico-social dos Estados-membros.

¹⁷⁷ Entre os direitos protegidos destacam-se os seguintes: direito à vida, à liberdade, à segurança e à integridade da pessoa; direito de igualdade perante a lei; direito à liberdade religiosa e à liberdade de expressão e de opinião; direito de sufrágio e de participação no Governo; direito de associação e de reunião; direito à proteção contra prisão arbitrária; direito à justiça. Muitos desses direitos são também reconhecidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, que foi aprovada sete meses depois.

passam de meras recomendações ao Estado, tendo sua eficácia limitada ao efeito moral.¹⁷⁸

Na Quinta Reunião de Consultas dos Ministros de Relações Exteriores, realizada em Santiago do Chile, em agosto de 1959, ficou estabelecido que o Conselho Interamericano de Juristas elaboraria um projeto de Convenção sobre Direitos Humanos. Nessa mesma reunião criou-se a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), encarregada de promover a observância do respeito aos direitos humanos nos Estados-membros da OEA. O estatuto da CIDH foi aprovado pelo conselho da OEA, em 1960, que concebeu como entidade autônoma daquela organização, de caráter não convencional, cujo mandato se limitava estritamente à promoção do respeito aos direitos humanos consagrados na Declaração Americana.

Na Segunda Conferência Interamericana Extraordinária, realizada no Rio de Janeiro, em 1965, o Estatuto da Comissão foi modificado e ampliou suas funções e faculdades, de forma a transformá-la em verdadeiro órgão de controle. A CIDH passou a ter autorização para receber e examinar petições individuais a respeito de alegadas violações de direitos humanos, dirigir-se aos Estados para solicitar informações e formular recomendações necessárias para garantir a proteção dos direitos humanos fundamentais. No entanto, com seu *status* de Resolução, ainda permanecia com uma frágil base jurídica.¹⁷⁹

¹⁷⁸ Cançado Trindade menciona que certos princípios contidos nas declarações já incorporam o direito consuetudinário para a finalidade da interpretação do direito internacional dos direitos humanos. A Declaração Universal repercutiu durante dezoito anos sem a existência dos Pactos. Esse lapso propiciou uma legitimidade jurídica de certos princípios que hoje fazem parte os *principios gerais amplamente consagrados no direito internacional*. A discussão sobre a natureza jurídica das declarações de direitos humanos será apresentada no capítulo terceiro.

¹⁷⁹ Alguns países começavam a questionar a obrigação real de dialogar, fornecer informações, ou mesmo, levar em conta as recomendações de uma Comissão cujo instrumento de criação não era dotado da força de uma obrigação jurídica.

O “Protocolo de Buenos Aires”, de 1967, que introduziu reformas na Carta da OEA, incorporou a CIDH à estrutura permanente da Organização e redefiniu suas funções, sendo a principal a de “*promover o respeito e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização na matéria*”. A partir dessa mudança, qualquer tentativa de dissolução da CIDH teria de passar pela modificação da Carta da OEA.

3.3 Convenção Americana de Direitos Humanos

As funções da CIDH foram novamente modificadas com a adoção, em 1969, da Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como “Pacto de São José da Costa Rica”. A partir da adoção da Convenção, que somente entrou em vigor em 18 de julho de 1978, o sistema interamericano ingressou em uma nova fase, em que abandonou sua natureza declaratória e passou a exigir, com força jurídica, o cumprimento das disposições normativas. A Convenção estabelece a obrigação dos Estados de respeitar os direitos e as liberdades reconhecidos e o dever desses mesmos Estados em adotar as medidas de direito interno que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos. Além disso, na segunda parte, a Convenção define os mecanismos para a proteção desses mesmos direitos, redefinindo as competências da CIDH e criando a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Convenção Americana, que adota como modelo a Convenção Européia de Direitos Humanos,¹⁸⁰ estabelece um rol mais definido de direitos que a Declaração

¹⁸⁰ O rol de direitos que a Convenção Americana consagra é maior que o da Convenção Européia e muitas de suas disposições estabelecem garantias mais avançadas que o próprio Pacto de Direitos Civis e Políticos. É o caso dos arts. 4º, 5º, 17, V e 23 da Convenção Americana, o que não significa maior eficácia. Clèmerson Clève,

Americana de Direitos e Deveres do Homem. Note-se que há um privilégio na proteção dos direitos civis e políticos (Capítulo II, arts. 3 a 25) em detrimento dos econômicos, sociais e culturais, que são objeto de um único artigo (art. 26). Este dispositivo condiciona o cumprimento de tais prerrogativas aos recursos disponíveis por parte dos Estados:

Art. 26: Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

Apesar disso, a Convenção reconhece, em seu preâmbulo, estreita relação entre os dois grupos de direito: “porquanto as diferentes categorias de direitos constituem um todo indissolúvel que encontra sua base no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, pelo qual exigem uma tutela e promoção permanente ...”. Afirma que “... só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento de temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, tanto como de seus direitos civis e políticos”.

3.4 Comissão Interamericana de Direitos Humanos

O Novo Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos entrou em vigor em março deste ano de 2001 e apresenta algumas novidades que ampliam ainda mais a competência da CIDH, principalmente quanto aos direitos que

comparando as condições de proteção de direitos em ambos os sistemas, conclui que há uma sensível diminuição do grau de eficácia da Convenção Americana, que se justifica pela vocação “totalizadora” desse documento,

podem ser objeto de demanda.

Essa nova fase da CIDH traz uma inovação no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, porque incorpora a possibilidade de esse órgão analisar violações de direitos sociais, econômicos e culturais previstos no Protocolo Adicional sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (“Protocolo de San Salvador”)¹⁸¹ e de outros direitos de natureza específica, previstos no Protocolo Relativo à Abolição da Pena de Morte, na Convenção Interamericana para Prevenir e Sancionar a Tortura, na Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas e na Convenção Interamericana para Prevenir, Sancionar e Erradicar a Violência contra a Mulher.

A Comissão é constituída por sete membros, eleitos por quatro anos, podendo ser reeleitos apenas uma vez em cada período. São membros da Comissão: o presidente, um primeiro vice-presidente e um segundo vice-presidente, todos com suas funções especificadas no Regulamento. O trabalho de secretaria é realizado por um secretário executivo, cargo de grande importância, pois ao ocupante desse posto cabem as deliberações prévias ao trabalho da CIDH. O secretário executivo é o responsável pelos procedimentos iniciais das atividades perante a Comissão e se encarrega do recebimento das petições, da análise dos requisitos de admissibilidade formais e pode, se considerar conveniente, solicitar informações aos respectivos governos para nutrir a denúncia das informações necessárias a uma posterior análise da CIDH.

O período ordinário de funcionamento da Comissão estende-se por oito semanas anuais, podendo haver trabalhos em períodos extraordinários por decisão do

direcionada ao reconhecimento de um conjunto maior de direitos. CLÈVE. *Temas ...*, Op. cit., p.138.

presidente ou da maioria dos membros. Via de regra, as sessões são privadas e exigem a presença da maioria absoluta dos membros.¹⁸²

A partir do art. 22, o Regulamento dita os critérios que devem ser observados na adoção dos procedimentos específicos perante a Comissão, como os idiomas oficiais¹⁸³ e a capacidade processual capaz de dar início aos procedimentos:

Art. 23: Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-Membros da Organização pode apresentar à Comissão petições de conformidade com este Regulamento, em seu próprio nome ou no de terceiros pessoas, sobre presumidas violações de um direito humano reconhecido, conforme o caso, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no Protocolo Adicional sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no Protocolo Relativo à Abolição da Pena de Morte, na Convenção Interamericana para Prevenir e Sancionar a Tortura, na Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas e na Convenção Interamericana para Prevenir, Sancionar e Erradicar a Violência contra a Mulher, conforme suas respectivas disposições, o Estatuto da Comissão e o presente Regulamento.¹⁸⁴

Esse artigo é de suma importância porque reconhece a capacidade processual ativa de indivíduos, de grupos e de entidades não-governamentais. Também é importante por definir o conteúdo passível de ser objeto das denúncias. O Regulamento anterior definia que a Comissão analisaria violações de direitos previstos na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ignorando um imenso rol de direitos previstos nos demais documentos.

¹⁸¹ Assinado em San Salvador, El Salvador, em 17 de novembro de 1998, no 18º período Ordinário de Sessões da Assembléia Geral.

¹⁸² As decisões em geral são tomadas por maioria simples e, havendo empate, o presidente deverá decidir (art. 18 do Regulamento). Algumas matérias, no entanto, exigem *quorum* especial e estão previstas no art. 19 do novo Regulamento.

¹⁸³ Os idiomas oficiais são espanhol, francês, inglês e português.

¹⁸⁴ Art. 23 de Regulamento trás a possibilidade de denúncias em matérias que envolvam direitos econômicos, sociais e culturais.

O preâmbulo da Convenção reconhece a interdependência entre diferentes categorias de direito, afirmando que o ideal do ser humano livre só poderá ser atingido com o exercício dos direitos econômicos, sociais e culturais, em conjunto com os direitos civis e políticos.¹⁸⁵ Portanto, a redação do antigo Regulamento apresentava-se em desacordo com os princípios estabelecidos na Convenção.

Com base nessa inovação, juristas reconhecem um avanço no sistema interamericano de proteção de direitos humanos.¹⁸⁶ A possibilidade de se discutir a violação dos direitos materiais na Comissão significa abrir caminho para uma eventual recomendação contra um Estado americano e conferir-lhe um atestado internacional de responsabilidade pelo descumprimento de deveres de natureza social, econômica ou cultural.¹⁸⁷

A Comissão também pode agir de ofício, caso possua informações que lhe pareçam idôneas para motivar o trâmite de investigação de violações de direitos. Essa prerrogativa afirma a autonomia desse órgão ante o direito estatal.¹⁸⁸ O art. 49 do novo Regulamento afirma essa autonomia quando prevê a possibilidade de a Comissão receber e examinar petições que contenham denúncias a respeito de presumidas violações dos direitos humanos (consagrados na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem) com relação aos Estados-membros da Organização que não sejam Partes na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Ou seja, a CIDH pode investigar denúncias de violações de qualquer Estado-membro da OEA, elaborar

¹⁸⁵ Observa-se que, como desdobramentos do *paradoxo fundamental*, quanto mais desrespeitados os direitos econômicos e sociais, mais proclama-se a sua simbiose com os demais direitos.

¹⁸⁶ TRINDADE, A. A. Cançado. *Tratado de direito internacional* ...Op. cit., p. 68. e NIKKEN, Pedro. *La protección internacional de los derechos humanos*. Madrid: Civitas, 1987, p. 199.

¹⁸⁷ Esse alargamento da competência material não é ainda adotado pela Corte Interamericana. Em momento oportuno serão discutidas as limitações desse Tribunal, em especial as restrições a demandas que versem sobre direitos de natureza social, econômica e cultural.

recomendações, fixando prazo para a adoção de providências, independente de ser membro ou não da Convenção.

As petições devem ser apresentadas por escrito e, uma vez entregues, são analisadas pela Secretaria da Comissão, que procede à verificação dos requisitos formais de admissibilidade. As petições devem conter as seguintes informações: a) nome, nacionalidade e assinatura da pessoa, grupos ou representantes de entidades governamentais, conforme o caso; b) eventual pedido para que a identidade do peticionário seja mantida em segredo; c) endereço e outros dados para localização do peticionário; d) se possível, o nome da vítima e das autoridades públicas que tenham conhecimento da violação; e) o nome do Estado acusado da ação ou omissão causadora da violação de direitos humanos; f) o cumprimento do prazo definido no art. 32 do Regulamento; g) o esgotamento dos recursos internos ou, na impossibilidade, o enquadramento em uma das hipóteses previstas no art. 31 do Regulamento (exceções à aplicação do princípio do esgotamento dos recursos internos); h) informação a respeito dessa mesma denúncia se já não é objeto de apreciação por outro organismo internacional.

A Secretaria funciona como uma espécie de primeiro filtro rumo à Corte, pois toda denúncia de violação de direitos, a ser analisada por aquele Tribunal, deve iniciar por esse órgão os trâmites legais a que deve se submeter. Somente com o preenchimento dos requisitos iniciais, a petição será analisada pela CIDH, atuando a Comissão como um segundo filtro antes da análise definitiva pela Corte

¹⁸⁸ Pedro NIKKEN. Op. cit., p. 248.

Interamericana.¹⁸⁹

Uma vez aceita a petição, todo o material da denúncia e as informações e observações prestadas pelo Estado acusado serão objeto de exame das questões preliminares. Esse trabalho é realizado pela Comissão, que deverá decidir sobre: a) o esgotamento dos recursos da jurisdição interna, podendo determinar as providências que considerar necessárias para o esclarecimento das dúvidas que subsistirem; b) outras matérias relacionadas com a admissibilidade da petição ou sua improcedência manifesta, que resultem do expediente ou que hajam sido suscitadas pelas partes; c) a existência ou subsistência dos motivos da petição, determinando, em caso contrário, o arquivamento do expediente.

O princípio do esgotamento dos recursos internos, segundo o qual a admissibilidade da petição está condicionada à interposição e ao esgotamento de todos os recursos existentes na jurisdição interna,¹⁹⁰ não será aplicado em três hipóteses: a) se não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue haverem sido violados; b) caso não tenha sido permitido ao presumido lesado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; c) caso haja atraso injustificado na decisão dos mencionados recursos.¹⁹¹

Disporá o presumido lesado, para apresentar a denúncia, de um prazo

¹⁸⁹ Importa mencionar a necessidade de atuação de advogado ou representante do denunciante perante a Comissão. A designação do advogado é feita na própria petição inicial. Em casos urgentes, a Comissão pode requerer medidas cautelares para fazer cessar as violações de direitos, sem que isso implique pré-julgamento da matéria.

¹⁹⁰ A razão da aplicação desse princípio é evitar que o Estado acusado tenha que responder perante um órgão internacional a respeito de questões antes de ter a oportunidade de remediar com meios próprios.

¹⁹¹ Há uma tendência de flexibilização desse requisito que será analisada com mais detalhes nas seções seguintes.

máximo de seis meses a partir da data da notificação da decisão definitiva, ou, nos casos em que não se observar o princípio do esgotamento dos recursos internos, um prazo razoável, a critério da Comissão, considerando as circunstâncias de cada situação específica.

Em muitos aspectos, o trâmite perante a CIDH respeita os mesmos princípios e regras comuns a qualquer sistema jurídico processual (providências quanto à repetição de processos, desistência, revelia, etc.) Mas, em outros aspectos, os procedimentos apresentam-se de forma muito mais flexível, concentrando esforços na busca da verdade dos fatos. A redação dos dispositivos no Regulamento dá margem a decisões com certo grau de discricionariedade dos agentes da Comissão, como, por exemplo: a possibilidade ou não de realização de audiência caso julgue tal medida necessária para a comprovação de fatos;¹⁹² a eventual investigação *in loco* e o estabelecimento de Comissões Especiais, livres para entrevistar pessoas, organizações e instituições dentro do Estado acusado,¹⁹³ e ainda a possibilidade de solução amistosa em qualquer fase do processo, momento em que a Comissão passa a funcionar como órgão de intermediação entre as partes.¹⁹⁴

A solução amistosa, uma vez lograda, dá fim aos procedimentos. A

¹⁹² Os procedimentos para a condução de audiências perante a CIDH observam o disposto nos arts. 59 a 68 do novo Regulamento, contendo regras que fixam desde seu objeto até a possibilidade de assistência, oitiva de testemunhas e análise de provas e documentos.

¹⁹³ Podendo os membros dessa Comissão percorrer todo o território do país e adentrar os mais diversos recintos públicos (como cárceres e outros locais de detenção). Até 1977 a Comissão atuou sem regras definidas para visitas *in loco*, ano em que foi elaborado um regulamento para preparar a visita ao Panamá. O regulamento permitia que os membros da Comissão visitassem qualquer lugar no país da forma que considerassem mais adequadas, coletassem material e provas, e tivessem a liberdade para manter os contatos que escolhessem livremente.

¹⁹⁴ A discricionariedade exercida dentro de seus limites de oportunidade e conveniência é altamente positiva para a condução do processo. Todavia, os membros da Comissão devem preservar os princípios da imparcialidade e independência na apuração das denúncias. Já houve casos em que o dever de imparcialidade foi violado por um membro da Comissão, que passou a privilegiar o Estado acusado na condução do processo. Esse problema será analisado mais adiante.

Comissão redige um relatório, fazendo constar uma breve exposição dos fatos e da solução alcançada, e envia-o para o Secretário Geral da OEA para posterior publicação.

Caso a conciliação não seja alcançada, a Comissão deliberará em privado, examinará as provas apresentadas pelo Governo e pelo peticionário, os depoimentos de testemunhas e demais documentos e preparará um relatório¹⁹⁵ expondo os fatos e conclusões a respeito do fato.

Com o relatório, a Comissão pode elaborar recomendações e propostas, caso as julgue pertinentes, para enviar ao Governo com o pedido de que sejam tomadas medidas necessárias para remediar a situação analisada.¹⁹⁶ Transcorrido o prazo, a Comissão decidirá se o Estado adotou ou não as medidas recomendadas e fará constar no relatório anual apresentado à Assembléia Geral da Organização.

A Comissão poderá ainda remeter o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos, desde que o Estado tenha aceitado sua competência; em tais circunstâncias, o peticionário e o Estado devem ser notificados.

Caso o Estado não tenha ratificado a jurisdição desse tribunal internacional, existe a possibilidade prevista no art. 62, § 2º, da Convenção, de o Estado reconhecê-la em casos específicos. A Comissão deve convidar o Estado para fazer uso de tal prerrogativa e, uma vez aceito o convite, inicia-se todo o trâmite normalmente perante a Corte.

¹⁹⁵ As regras que devem ser observadas na elaboração do relatório para o Estado estão previstas no art. 56 e do relatório anual, encaminhado à Assembléia Geral da OEA, no art. 57 do Regulamento.

¹⁹⁶ Nas recomendações, podem constar pedidos específicos de tarefas ao Estado, como no caso *Baena Ricardo e outros vs Panamá*, em que a Comissão recomendou a reintegração dos trabalhadores despedidos, bem como o

3.5 Corte Interamericana de Derechos Humanos

A Corte representa o principal órgão de proteção dos direitos humanos do sistema americano e sua importância se dimensiona pelo *status* jurisdicional de que se reveste,¹⁹⁷ pois suas sentenças podem gerar a condenação internacional de um Estado pela violação de direitos humanos.

Uma vez que o Estado ratifique a competência da Corte, tais decisões adquirem força obrigatória. Ainda que a sentença não seja cumprida – por descumprimento do Estado – efetiva-se uma condenação em um órgão supranacional e o reconhecimento de direitos dos seres humanos ante a vontade estatal (que tradicionalmente alega como motivo para o descumprimento a soberania em assuntos internos).¹⁹⁸

No capítulo terceiro serão discutidas muitas limitações relacionadas com esse órgão, em especial a efetividade das sentenças e a responsabilidade internacional do Estado pela proteção de direitos humanos e pelo cumprimento das recomendações e sentenças internacionais.

O Estatuto da Corte Interamericana de Derechos Humanos estabelece que tal órgão exerce função jurisdicional e consultiva. Para os fins deste trabalho, apenas

pagamento dos salários devidos e acrescidos de uma justa indenização. Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá. Janeiro de 2001. Corte Interamericana de Derechos Humanos (Série C, n.º 61).

¹⁹⁷ A função consultiva da Corte, embora extremamente importante, não será objeto deste trabalho. Para uma consulta a respeito do tema ver VENTURA, Manuel E.; ZOVATTO, Daniel. *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Madrid: Civitas, 1989.

¹⁹⁸ O Brasil ratificou a competência da Corte em finais de 1998. Apesar de recente, a aceitação do Brasil em se submeter à jurisdição desse tribunal vem repercutindo sobremaneira não só no campo jurídico como também na

interessa a compreensão e a análise da função jurisdicional, cujas atividades encontram-se especificadas no Regulamento da Corte, aprovado em setembro de 1996.

A Corte é dirigida por um presidente e um vice-presidente, com mandato de seis anos, podendo ser reeleitos uma vez. Tais agentes possuem as funções de representação da Corte, sendo responsáveis por presidir sessões, dirigir trabalhos, decidir questões de ordem e demais funções previstas nos dispositivos do Regulamento, além de elaborar um relatório semestral relatando as atividades do período.¹⁹⁹

Os juízes da Corte, em número de sete, contam com o trabalho auxiliar de dois secretários,²⁰⁰ responsáveis pelos trabalhos de notificação das sentenças, pareceres consultivos e demais decisões da Corte, lavratura das atas realizadas, assistência às reuniões, auxílio no trâmite de correspondências perante a Corte, administração e execução de tarefas solicitadas pelo presidente ou pela Corte, além de outras tarefas enumeradas no art. 10 do regulamento.

A Corte exige a presença mínima de cinco juízes para as deliberações.²⁰¹ As audiências via de regra são públicas,²⁰² mas as deliberações dos juízes são privadas. Cada assunto é submetido à votação, item por item, e ao presidente se reserva a

esfera política brasileira. A ratificação já era esperada com ansiedade pelas inúmeras comissões de direitos humanos ligadas ao poder público em todo o país.

¹⁹⁹ Essas são as atribuições da presidência, realizadas pelo vice em caso de ausência temporária ou substituição definitiva.

²⁰⁰ Secretário principal e secretário adjunto.

²⁰¹ As regras sobre impedimentos, escusas, inabilitação, vacância, substituição de juízes estão previstas nos arts. 16 a 19 do Regulamento da Corte e pelas regras dos arts. 5 a 21 do Estatuto da Corte, que também tratam das imunidades e privilégios, honorários, disponibilidade, incompatibilidade, impedimentos, competência disciplinar e renúncia.

²⁰² Conforme reza o art. 14 do Regulamento da Corte, em circunstâncias excepcionais, as audiências poderão ser privadas.

incumbência da decisão em casos de empate.

O processo perante a Corte passa a ter início com a definição do idioma de trabalho.²⁰³ Os Estados são representados por um *agente*, que pode ser assistido por quaisquer outras pessoas. A Comissão será representada pelos delegados que designar e estes podem ser assistidos por outras pessoas a sua escolha, inclusive pelo denunciante original ou seus representantes.²⁰⁴ Neste último caso, a Corte deve ser comunicada para que, eventualmente, promova a participação direta dessas pessoas nos debates. Os representantes das vítimas também podem apresentar seus próprios argumentos e provas na fase final do processo, quando for o momento de definir o *quantum* indenizatório das reparações.

Em casos de extrema gravidade e urgência, a Corte pode adotar medidas provisórias de ofício ou a pedido das partes, sem prejuízo do julgamento final.

A causa deve ser apresentada²⁰⁵ à Secretaria da Corte, em petição, em que constem as partes no caso, o objeto da demanda, uma exposição dos fatos, as provas oferecidas, com a indicação dos fatos, das testemunhas e dos peritos,²⁰⁶ os fundamentos de direito e as conclusões pertinentes e os nomes do agente ou dos

²⁰³ O idioma será escolhido, dentre os oficiais da OEA, para a condução do caso específico que será analisado. Em situações especiais, os juizes poderão designar intérpretes para que as partes possam ser compreendidas ou esclarecidas do andamento do processo. Disponível na Internet em <http://www.oas.org/> (14 de julho de 2001).

²⁰⁴ A assistência pela própria vítima ou seu representante tem sido uma prática constante nos casos submetidos à Corte. Conforme será tratado no capítulo terceiro, essa prática permite, ainda que indiretamente, o acesso do demandante original à Corte, para possibilitar-lhe arguir suas próprias razões, beneficiando o bom andamento do processo pela concessão da ampla defesa a todas as partes.

²⁰⁵ A apresentação da denúncia é facilitada ao máximo pela Comissão, sendo possível encontrar um formulário específico na página oficial da OEA. Caso a denúncia se processe pelo sistema eletrônico, via Internet, os documentos oficiais devem ser enviados à Secretaria no prazo de quinze dias. Disponível na Internet em <http://www.oas.org/> (14 de julho de 2001).

²⁰⁶ Disposições a respeito da citação, juramento, impugnação, proteção e falso depoimento de testemunhas e peritos estão previstas nos arts. 46 a 51 do Regulamento da Corte.

delegados.²⁰⁷

O Presidente realiza o exame preliminar²⁰⁸ e, se aceitar, a Secretaria deve notificar todas as partes interessadas – o Presidente e os juízes da Corte, o Estado demandado, a Comissão e a vítima – além de comunicar também ao Secretário Geral da OEA e aos demais Estados-membros. O Regulamento prevê um lapso de dois meses, a partir da notificação, para interposição das exceções preliminares. O prazo para a contestação prevê um período de quatro meses, a partir da data da notificação, e os requisitos são os mesmos requeridos para a petição inicial. Depois de apresentada a contestação, as partes poderão solicitar outros procedimentos por escrito, antes dos debates orais.

Os debates são conduzidos pelo Presidente, que autoriza expressamente quem poderá fazer uso da palavra. A redação do inciso primeiro assim define tal possibilidade: *“Os juízes poderão formular a qualquer pessoa que compareça perante a Corte as perguntas que considerarem pertinentes.”*²⁰⁹

As provas somente são analisadas quando previamente indicadas no pedido inicial ou na contestação e somente em casos excepcionais serão aceitas em momento posteriores. No entanto, a Corte pode requerer de ofício prova que a seu juízo pareça útil e que esteja ao alcance da parte. Pode igualmente de ofício ouvir, na qualidade de

²⁰⁷ O direito de petição perante a Corte não possui as mesmas exigências que tal direito no âmbito da legislação interna, em que se exige a comprovação do interesse de agir por parte do demandante. Cançado Trindade afirma que, tratando-se de direitos humanos no plano internacional, a flexibilidade para propor a demanda é muito maior, pois o que está em discussão não é a condição da vítima (e por isso a necessidade de comprovação), mas a violação propriamente dita. Essa característica será analisada no capítulo terceiro.

²⁰⁸ As decisões do presidente, desde que não sejam de simples trâmite, são recorríveis perante a Corte. As decisões e resoluções finais da Corte são inapeláveis (art. 29 do Regulamento).

²⁰⁹ Diante dessa lacuna, o atual Presidente da Corte, Cançado Trindade, tem defendido a oitiva direta dos denunciadores ou seus representantes, os quais participam das audiências como auxiliares dos delegados nomeados pela Comissão. Essa tem sido uma das principais teses desse renomado jurista.

testemunha, perito, ou a qualquer outro título, toda pessoa cujo testemunho, declaração ou opinião considere pertinente; solicitar a qualquer entidade, repartição, órgão ou autoridade de sua escolha que obtenha informação, expresse opinião ou elabore relatório ou parecer sobre determinado ponto e; encarregar um ou vários de seus membros de proceder a uma averiguação, uma inspeção judicial ou qualquer outra medida de instrução.

Cada audiência é lavrada em ata, e as cópias são distribuídas a todas as pessoas que tenham comparecido no processo.

Caso as partes acordem uma solução amistosa, a Corte pode encerrar o processo. Como visto na seção anterior, a Comissão atuava como intermediária entre as partes na busca por uma solução amistosa. A Corte não propõe um acordo entre as partes, mas, caso este venha a existir, a Corte poderá reconhecê-lo e encerrar o processo.

Concluídos os autos para a sentença, a Corte delibera em privado e decide por votação. A sentença deve conter o nome de todos os juízes, do Presidente e dos Secretários, o nome da partes e de seus representantes, uma relação do procedimento, a descrição dos fatos, alegações das partes, fundamentos de direito, decisão sobre o caso, definição das custas processuais e o resultado da votação. Os votos dissidentes são assinados pelos respectivos juízes. Cópias das sentenças serão fornecidas às partes e o Secretário se encarregará de fornecer cópia aos demais Estados Partes.

Não cabe apelação da sentença da Corte, mas, persistindo dúvidas a respeito de interpretação do seu conteúdo, é possível haver pedidos de interpretação.

A aplicação prática das regras contidas nos regulamentos, tanto da Comissão, como da Corte, revela alguns problemas – limites normativos – que têm sido superados pela atuação interpretativa dos membros desses organismos (extraíndo da norma a melhor interpretação *pro vítima*). O capítulo seguinte tratará de focalizar alguns desses limites e superações rumo a uma maior efetividade para a proteção dos direitos humanos.

CAPÍTULO TERCEIRO - PECULIARIDADES, LIMITES E AVANÇOS PROCEDIMENTAIS NO SISTEMA AMERICANO DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

1 Introdução

No capítulo anterior, ficou caracterizada a conexão entre todos os sistemas de proteção sob o marco das Nações Unidas e a tendência à uniformização dos mecanismos e procedimentos capazes de viabilizar um maior grau de efetivação dos direitos protegidos nas convenções internacionais. O esforço de padronização do comportamento dos órgãos de proteção dos direitos humanos é mais visível nos sistemas americano e europeu.

O sistema americano mostra-se profundamente influenciado pela experiência européia. As sentenças proferidas pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos são tomadas como exemplo na fundamentação de casos análogos perante a Corte Interamericana. A própria formulação de denúncias, que algumas vezes utiliza-se de técnicas de argumentação especiais, é também fonte de inspiração para que, no continente americano, possam ser alcançado resultados já conquistados no sistema europeu.

Algumas vezes, basta a utilização de uma interpretação adequada dos preceitos para que mais prerrogativas venham a ser tuteladas. É o caso da chamada *interpretação dinâmica ou evolutiva e flexibilização do princípio do esgotamento dos recursos internos*, conforme serão tratados no presente capítulo.

Outras vezes, a norma é inadequada para atender a uma efetiva proteção dos

direitos convencionados, necessitando ser reformulada, como ocorre com a tão criticada ambigüidade de funções exercidas pela Comissão Americana de Direitos Humanos, o que não se admite mais no sistema europeu, desde que Comissão e Corte Européia foram reunidas em um só órgão com a função de fiscalizar o cumprimento da Convenção. Outro caso refere-se à não-regulamentação da participação direta do demandante diante da Corte Interamericana na fase dos debates orais, questão completamente superada no sistema europeu.

Outras limitações, no entanto, exigem mais do que um esforço interpretativo ou reformas normativas. São limites cuja superação ultrapassa a possibilidade de atuação de juízes progressistas e advogados criativos. Trata-se da vontade estatal de garantir os direitos assegurados pelos convênios e respeitar as decisões que lhe são impostas.²¹⁰

Todas essas peculiaridades serão discutidas nas próximas seções, sempre na tentativa não só de demonstrar que o sistema internacional de proteção de direitos humanos pode ser melhorado mas também de ampliar seu grau de eficácia, quer em âmbito internacional quer em âmbito nacional.

Ressalve-se, mais uma vez, que esses avanços são reconhecidos sempre e desde que o modelo que lhe serve de sustentação não seja ameaçado. Os progressos podem ser concebidos dentro desse modelo de sociedade. Já foi mencionado que o sistema americano faz parte do sistema universal de proteção de direitos que, por sua vez, faz parte da estrutura da sociedade de “mercado capitalista totalizante”. A

²¹⁰ Até o presente momento não há notícias de descumprimento de uma sentença proferida pela Corte Interamericana, embora não com tanta eficácia como no sistema europeu, em que algumas das decisões são incorporadas à legislação interna.

existência da Corte Interamericana é tolerada,²¹¹ assim como os avanços procedimentais já alcançados e outros que sobrevirão. Até mesmo o reconhecimento de alguns direitos de natureza econômica e social têm sido objeto, ainda que indiretamente, de sentenças do Tribunal Europeu e da Corte Interamericana. Mas essas conquistas seguem lentas e escassas, fruto de um ingente esforço por parte dos juizes e advogados que atuam nas causas.

Há um limite intransponível. O limite do direito ao desenvolvimento,²¹² que, por sua natureza, ameaçaria a existência do modo de produção e distribuição de bens da sociedade mundial; o “limite fundamental”, como será chamado neste trabalho e que será discutido ao longo do capítulo quarto.

2 Independência e imparcialidade dos membros da Comissão

A discricionariedade constitui-se em uma característica comum a qualquer processo jurisdicional. Nos procedimentos perante a Comissão e perante a Corte, tal característica é facilmente visualizada em vários dispositivos dos respectivos Regulamentos.²¹³ A discricionariedade só é aceitável se verificados os pressupostos da *imparcialidade* e da *independência*.

Desde o início dos trabalhos, o Secretário da Comissão passa a atuar dotado

²¹¹ Lembrando aqui que o conceito de “tolerância” pressupõe a dominação do tolerado pelo tolerante, conforme já mencionado no capítulo primeiro.

²¹² Entendido como aquele que representa efetivamente a unidade de todos os direitos, incluindo os chamados “direitos de terceira geração”. O reconhecimento desse direito significaria a necessidade de reconhecer outros modelos de desenvolvimento, diferentes do modelo “mercado capitalista totalizante”.

²¹³ Um exemplo pode ser visto na redação do art. 24 do novo Regulamento da Comissão que prevê a possibilidade de essa Comissão, *motu proprio*, levar em consideração qualquer informação disponível que lhe pareça idônea e na qual encontre os elementos necessários para iniciar a tramitação de um caso que contenha, a seu juízo, os requisitos para tal fim.

de senso de conveniência e de oportunidade para decidir se determinada providência se faz ou não necessária. As informações iniciais são solicitadas pela Secretaria. Esse trabalho, de importância determinante, consiste na reunião de documentos e apuração dos fatos que possam comprovar a existência da violação de direitos alegada. Uma vez instruída a denúncia e as contra-razões (apresentadas pelo Estado denunciado), o processo é encaminhado para a Comissão. A margem discricionária dos membros da Secretaria serve como um instrumento, um primeiro filtro, para evitar o acúmulo de denúncias infundadas que são interpostas e levadas à Comissão.

Mas a discricionarieidade pode significar incerteza quanto aos rumos do processo, caso os pressupostos da imparcialidade e da independência sejam violados. Buergenthal afirma que

La eficacia de la Comisión y de la Corte dependen no solamente de los poderes y funciones con los cuales han sido investidos, sino también del grado de su independencia como investigadores o juzgadores, valga decir, de su credibilidad como instituciones y de la credibilidad de los individuos que las sirven, como miembros, o jueces, o funcionarios.²¹⁴

Os Secretários da Comissão estão subordinados ao Secretário Geral da OEA, que tem, sob seu encargo, as contratações e remoções de funcionários. O ex-Presidente da Comissão, Tom Farer, expressou sua preocupação com essa situação, afirmando que: *“Dada la natural actitud de complacência del Secretario General, funcionario electo de tiempo completo, a los deseos de los Gobiernos Miembros, esta división en la autoridad sobre el personal constituye una amenaza potencial a la autonomía de la Comisión.”²¹⁵* Esse problema só seria solucionado, segundo ele, com a autonomia financeira e a autoridade da própria Comissão na escolha de seus

²¹⁴ BUERGENTHAL, Thomas e outros. Op. cit., p.465.

funcionários²¹⁶.

O novo Regulamento da Comissão prevê, no art. 52, uma regra de impedimento segundo a qual “*O membro da Comissão que seja nacional ou que resida no território do Estado onde deve ser realizada a observação in loco estará impedido de participar nela.*” O art. 17 desse Regulamento também define os casos em que os membros da Comissão não podem participar na discussão, investigação, deliberação ou decisão de assunto submetido à consideração da Comissão.²¹⁷

Para Haim Cohn, a imparcialidade se definiria:

(...) no sentido de que no tengan ni pueda razonablemente presumirse o sospechase que tengan ningún concepto preconcebido, político o de cualquier otra índole, sobre los méritos o deméritos del Estado acusado o de lo que contra el mismo se alegue”; “... expertos de alta condición moral y reconocida imparcialidad ...”; “...no sujetos a instrucciones ni direcciones, sea de sus propios gobiernos, sea de la entidad internacional que los haya nombrado ...”²¹⁸

Essa primeira característica do sistema interamericano é comum a qualquer sistema processual e o próprio Regulamento já prevê regras para que seja levantada a suspeição de um membro que atue na administração do processo. A imparcialidade

²¹⁵ Idem, p.480

²¹⁶ Já houve um precedente, no qual um funcionário, que teria ligações com o Governo argentino, foi nomeado funcionário da Secretaria da Comissão. Essa nomeação, feita pelo Secretário Geral da OEA, ocorreu justo no momento em que a Argentina aceitou a visita *in loco* para investigações de violação de direitos humanos. Após a análise da conduta do funcionário, concluiu-se que a investigação contra o Estado argentino estava viciada. A solução para o caso foi a rescisão do contrato desse funcionário pelo Presidente da Comissão.

²¹⁷ “Art. 17: ... a) se forem cidadãos do Estado objeto da consideração geral ou específica da Comissão, ou se estiverem acreditados ou cumprindo missão especial como diplomatas perante esse Estado e; b) se houverem participado previamente, a qualquer título, de alguma decisão sobre os mesmos fatos em que se fundamenta o assunto ou se houveram atuado como conselheiros ou representantes de uma das partes interessadas na decisão.” O membro que considere seu dever abster-se de participar do exame ou decisão do assunto, comunica à Comissão que decide quanto à procedência do impedimento. Qualquer membro pode suscitar, fundamentado nas cláusulas previstas no § 2º desse art., o impedimento de outro membro. O membro que houver sido desqualificado não pode participar na discussão, investigação, deliberação ou decisão do assunto, mesmo que haja cessado a causa do impedimento.

²¹⁸ COHN, Haim H. “International fact-finding processes, and the rule of law” *The Review* (International Commission of Jurists) num. 18, Jun 1977, pp. 42, 45-47.

constitui-se, dessa forma, em uma característica procedimental que pode ser fiscalizada e sancionada pelos próprios membros entre si ou denunciada pelas vítimas por meio de seus representantes.²¹⁹

2 Ambigüidade nas funções da Comissão

Outra característica que tem sido freqüentemente levantada pela doutrina diz respeito à reunião de distintas funções exercidas pela Comissão e seus efeitos para uma efetiva proteção de direitos humanos. A partir do momento em que uma denúncia é acolhida pela Comissão e até o fim dos trabalhos perante a Corte, a Comissão atua de três modos distintos: como defensora da Convenção Americana, como conciliadora das partes e, perante a Corte, como parte integrante do processo.

Nos procedimentos perante a CIDH, as partes representam os indivíduos reclamantes e os Estados demandados. A função da Comissão consiste em definir se as violações alegadas constituem violações de direitos humanos previstos na Convenção ou nos demais documentos convencionados no âmbito da OEA. A Comissão coloca-se em posição equidistante entre as partes, funcionando como guardiã da Convenção e dos demais documentos de proteção de direitos humanos, podendo também atuar como conciliadora nos casos de tentativa de solução amistosa. Já ante a Corte, a Comissão passa a atuar como parte, defendendo os interesses das supostas vítimas contra o Estado demandado.

Cançado Trindade afirma que esse comportamento ambíguo – de defender ao mesmo tempo os interesses das supostas vítimas e os “interesses públicos” – faz da

²¹⁹ Como foi o caso do precedente mencionado em nota anterior.

Comissão uma espécie de *Ministério Público* do sistema interamericano de proteção:

*Têm sido freqüentes os casos de opiniões divergentes entre os delegados da Comissão e os representantes das vítimas nas audiências perante a Corte, e tem-se considerado isto como normal e, até mesmo, inevitável. Os governos se acomodaram, por assim dizer, à prática dos delegados da Comissão de recorrer quase sempre à assistência de um representante das vítimas, ou, pelo menos, a ela não objetaram.*²²⁰

Uma forma pragmática de superação dessa ambigüidade de funções tem sido a de nomear os demandantes como “assistentes” da Comissão. Cançado Trindade acredita que o sistema interamericano evoluirá e encontrará soluções próximas às encontradas pelo sistema europeu, no qual Comissão e Corte funcionam unidas, atuando ambas como defensoras da Convenção Européia de Direitos Humanos:

*A evolução no sentido da consagração final destas funções distintas deve dar-se pari passu com a gradual jurisdicionalização do mecanismo de proteção. Desta forma se afastam definitivamente as tentações de politização da matéria, que passa a ser tratada exclusivamente à luz de regras do direito. Não há como negar que a proteção jurisdicional é a forma mais evoluída de salvaguarda dos direitos humanos, e a que melhor atende aos imperativos do direito e da justiça.*²²¹

Como contraponto a essa opinião, um caso²²² submetido à Corte de maneira atípica merece ser analisado porque ilustra o comportamento prático daquele Tribunal em uma situação que não se enquadra nos procedimentos normais de apuração de denúncia.

Em 6 de julho de 1981, o Governo da Costa Rica ofereceu uma demanda

²²⁰ Nos casos Castillo Páez e Loayza Tamayo (exceções preliminares, janeiro de 1996), e no caso Castillo Petrucci (exceções preliminares, setembro de 1998), relativos ao Peru, Cançado Trindade propugna, quando da elaboração de seu voto, pela superação da concepção paternalista e anacrônica da total intermediação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos entre os indivíduos petionários (a verdadeira parte demandante) e a Corte, de modo a conceder-lhes acesso direto (jus standi) à Corte. TRINDADE. A.A. Cançado. “A Consolidação ...” Op. cit, p. 17.

²²¹ Idem.

diretamente à Corte Interamericana solicitando uma apreciação a respeito do caso *Viviana Gallardo e outras*. Na denúncia, o governo manifesta sua intenção de submeter diretamente ao conhecimento da Corte os fatos a respeito da morte da cidadã costarriquenha, Viviane Gallardo, em uma prisão da Costa Rica e de violências físicas sofridas por suas companheiras de cela. As violações teriam sido causadas por um membro da Guarda Civil da Costa Rica, encarregado da vigilância do presídio.

No pedido, o Governo manifesta que “renuncia formalmente ao requisito de esgotamento dos recursos de jurisdição interna e esgotamento prévio dos arts. 48 a 50 da Convenção”, que regulam o procedimento perante a CIDH.²²³ Anunciou, como propósito da renúncia, que “a Corte possa conhecer de imediato e sem impedimento processual algum o caso submetido a seu conhecimento”, assinalando que o requisito do esgotamento dos recursos internos foi estabelecido “em benefício dos próprios Estados” e, portanto, poderiam eles renunciar ao recurso.

A Corte, depois de analisar as razões do caso, decidiu por unanimidade não admitir que a demanda lhe fosse diretamente encaminhada, mas acolheu a solicitação subsidiária de remeter o caso à Comissão. A justificativa, embora fizesse menção à boa intenção do Governo, lembrava que a omissão do procedimento ante a Comissão privaria as partes do importante direito de negociar e aceitar livremente uma solução amistosa, com a ajuda da CIDH. Além disso, a Comissão detinha a função de investigadora dos fatos alegados e, ainda que a Corte pudesse levar a cabo a investigação, necessária para formar seu convencimento, a Convenção deixava claro que a fase inicial de investigação deveria estar a cargo da Comissão.

²²² BUERGENTAL e outros, Op. cit., pp.264-274.

A decisão da Corte realçou a função conciliadora da Comissão, que cumpre o papel importante de oferecer às partes a oportunidade de entrarem em acordo. Caso o sistema evolua no sentido de reunir os dois órgãos em um só, como ocorre no sistema europeu, impõe-se conservar as fases investigatórias e a ampla possibilidade de conciliação que atualmente encontra-se sob responsabilidade apenas da Comissão.²²⁴

A crítica feita ao acúmulo de funções pela CIDH remete a outra discussão que será abordada adiante: a possibilidade de acesso direto dos demandantes ou de seu representante legal à Corte Interamericana. Uma vez lograda essa possibilidade, não haveria mais a necessidade de atuação da Comissão como parte no processo perante aquele Tribunal.

3 Autonomia do direito de petição perante a Corte

O direito de petição perante a Corte Interamericana possui um tratamento distinto do que recebe o mesmo direito em âmbito interno. Goza de um *status* especial porque difere na caracterização do conceito de vítima. O entendimento de vítima como sendo o sujeito com qualidades suficientes para dar ensejo a uma ação judicial (capacidade processual) é muito restrito para garantir a proteção dos direitos previstos

²²³ O Governo solicitou à Corte que decidisse sobre a violação ou não de direitos por parte das autoridades nacionais da Costa Rica, dos arts. 4º (direito à vida) e 5º (direito à integridade pessoal) da Convenção, ou qualquer outro artigo previsto nos documentos internacionais de proteção de direitos humanos.

²²⁴ Para uma evolução procedimental do sistema em busca de maior eficácia na proteção de direitos, é essencial conservar todas as possibilidades de argumentação e apuração de provas, além de um eventual acordo que pode gerar o reconhecimento do direito da vítima e uma eventual indenização antes mesmo de chegar à Corte. No mesmo sentido, o direito de petição perante a Corte e a participação direta do demandante também constituem avanços procedimentais que serão analisados a seguir.

nas convenções internacionais.²²⁵

Em várias decisões da Comissão Europeia, o conceito de “vítima”, utilizado no art. 25 da Convenção, tem sido interpretado de forma autônoma e independente.²²⁶ O caso *Norris versus Irlanda* (1988) ponderou as condições que regem as petições individuais concluindo que “*não coincidem necessariamente com os critérios nacionais relativos ao locus standi*”, que podem inclusive servir a propósitos distintos dos contemplados no mencionado art. 25.²²⁷

A autonomia do direito de petição no plano internacional pode chegar a ponto de suprir deficiências do direito interno. Para alguns indivíduos, a existência desse direito pode significar a única possibilidade de alguma garantia de seu direito. Relatando um caso em que atuou como juiz da Corte, Cançado Trindade menciona que:

*Nas audiências públicas perante as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos, - sobretudo nas audiências atinentes a reparações, - um ponto que tem particularmente chamado nossa atenção tem sido a observação, cada vez mais freqüente, por parte das vítimas ou seus parentes, no sentido de que, se não fosse pelo acesso à instância internacional, jamais se teria feito justiça em seus casos concretos.*²²⁸

Para o juiz, sem o direito de petição individual, e o conseqüente acesso à justiça no plano internacional, os direitos consagrados nos tratados regionais de direitos humanos seriam reduzidos a pouco mais que letra morta: “*É pelo livre e pleno*

²²⁵ Cançado Trindade indica outra obra para um estudo mais aprofundado a respeito da evolução da noção de “vítima” (incluindo a vítima potencial) no Direito Internacional dos Direitos Humanos. TRINDADE, A.A. Cançado “Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)”, 202 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1987) pp. 243-299, esp. pp. 262-283.

²²⁶ TRINDADE, A.A. Cançado. “A Consolidação ...” Op. cit., pp. 10 a 25.

²²⁷ Corte Europeia de Direitos Humanos, caso *Norris versus Irlanda*, Julgamento de 26.10.1988, Série A, vol. 142, p. 15, par. 31.

exercício do direito de petição individual que os direitos consagrados em tais tratados se tornam efetivos. O direito de petição individual abriga, com efeito, a última esperança dos que não encontraram justiça em nível nacional.”²²⁹

A Convenção Americana tornou automática a aceitação do direito de petição individual pelos Estados ratificantes.²³⁰ Para Cançado Trindade, este foi um dos grandes avanços logrados pela Convenção Americana, tanto nos planos conceitual e normativo, quanto no operacional:

*Há que ter sempre presente a autonomia do direito de petição individual vis-à-vis o direito interno dos Estados. Sua relevância não pode ser minimizada, porquanto pode ocorrer que, em um determinado ordenamento jurídico interno, um indivíduo se veja impossibilitado, pelas circunstâncias de uma situação jurídica, a tomar providências judiciais por si próprio. Nem por isso estará ele privado de fazê-lo no exercício do direito de petição individual sob a Convenção Americana, ou outro tratado de direitos humanos.*²³¹

A *legitimatío ad causam* no sistema interamericano estende-se a todo e qualquer peticionário e pode prescindir até mesmo de manifestação por parte da própria vítima, caso de pessoas que se encontrem em situações de incomunicabilidade ou impossibilitadas de agir por conta própria.

O jurista considera que o direito de petição representa uma manifestação da autonomia internacional dos direitos humanos:

Com o acesso dos indivíduos à justiça em nível internacional, por meio do exercício do direito de petição individual, deu-se enfim expressão concreta ao reconhecimento de que os direitos humanos a ser protegidos são inerentes à pessoa humana e não derivam do Estado. Por conseguinte, a ação em sua proteção não se esgota - não pode se esgotar - na

²²⁸ TRINDADE, A.A. Cançado. “A Consolidação ...” Op. cit., p. 11.

²²⁹ Idem, p. 12.

²³⁰ Distintamente da Convenção Européia, que só aceitava denúncias condicionando a legitimação para peticionar à demonstração da condição de vítima pelo demandante individual (art. 25 da Convenção).

²³¹ Voto Concordante no recente caso Castillo Petruzzi versus Peru (1998).

*ação do Estado.*²³²

A autonomia do direito de petição contribui para o gradual fortalecimento da capacidade processual do demandante no plano internacional. O reconhecimento expresso da relevância do direito de petição individual legitima-se na Declaração e Programa de Ação de Viena. Tal documento recomendou aos Estados Partes, conforme já mencionado, a aceitação de todos os procedimentos facultativos disponíveis de petições ou comunicações individuais.²³³

Comparativamente a outros mecanismos, como os relatórios e as investigações, o direito de petição individual impõe-se, efetivamente, como o mais dinâmico por atribuir a iniciativa de ação ao próprio indivíduo (a parte ostensivamente mais fraca). É, na opinião de Cançado Trindade,

*(...) o que melhor reflete a especificidade do Direito Internacional dos Direitos Humanos, em comparação com outras soluções próprias do Direito Internacional Público”, constituindo “ (...) cláusula pétrea dos tratados de direitos humanos que o consagram, - a exemplo do art. 25 da Convenção Européia e do art. 44 da Convenção Americana, - sobre a qual se erige o mecanismo jurídico da emancipação do ser humano vis-à-vis o próprio Estado para a proteção de seus direitos no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos.*²³⁴

Assim é entendido porque constitui matéria de ordem pública internacional, e, portanto, não poderia sujeitar-se a limitações invocadas pelos Estados e seu direito interno, a não ser as limitações já previstas na esfera internacional:

Se desse modo não tivesse sido originalmente concebido e consistentemente entendido o direito de petição individual, muito pouco teria avançado a proteção internacional dos direitos humanos neste meio século de evolução. Com a consolidação do direito de

²³² TRINDADE, A.A. Cançado. “A Consolidação ...” Op. cit., p.11

²³³ Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993, parte II, par. 90.

²³⁴ TRINDADE, A.A. Cançado. “A Consolidação ...” Op. cit., pp. 12 e 13.

*petição individual perante tribunais internacionais de direitos humanos (como as Cortes Européia e Interamericana de Direitos Humanos), a proteção internacional terá alcançado sua maturidade.*²³⁵

4 Participação direta dos indivíduos perante a Corte

Além do direito de petição, outra conquista procedimental importante que vem sendo alcançada no sistema americano de proteção de direitos humanos evidencia-se na possibilidade de acesso direto do demandante à Corte Interamericana. Embora tal situação ainda não esteja completamente regulamentada, como no sistema europeu, é possível que as vítimas das violações ou seus representantes compareçam em todas as fases do processo na condição de delegados da Comissão, ou ainda, a pedido dos juízes da Corte.

Para Cançado Trindade, a possibilidade de ação direta dos indivíduos perante os tribunais internacionais destaca-se como uma das maiores conquistas na proteção internacional dos direitos humanos. O jurista revela especial interesse no tema e, em sua atuação profissional como juiz-presidente da Corte, tem sido um dos grandes entusiastas para que tal direito seja regulamentado definitivamente.

Originalmente, os sistemas americano e europeu não consagravam a representação direta dos indivíduos nos procedimentos perante as Cortes Européia e Interamericana de Direitos Humanos. Naquela época preponderavam as incertezas dos países quanto ao estabelecimento de uma jurisdição supranacional para a salvaguarda dos direitos humanos.

²³⁵ Idem, p. 13

Logo em um de seus primeiros julgados, a Corte Européia se insurgiu contra o entendimento de que somente a Comissão poderia nomear delegados para que atuassem no processo. O caso *Lawless versus Irlanda* (1960) admitiu, por meio dos delegados da Comissão Européia, os argumentos escritos apresentados pelos próprios demandantes. Uma década depois, no caso *Vagrancy*, relativo à Bélgica (1970), a Corte Européia aceitou a solicitação da Comissão de conceder a palavra a um advogado dos três demandantes; ao tomar a palavra, esse advogado criticou, em um determinado ponto, a opinião apresentada pela Comissão em seu relatório.²³⁶

A reforma do Regulamento de 1982, em vigor a partir de janeiro de 1983, concedeu o *locus standi* aos representantes legais dos indivíduos demandantes perante a Corte Européia. O célebre Protocolo nº 9 concedeu “uma espécie de *locus standi*” aos indivíduos perante a Corte, mas ainda não lhes assegurava igualdade de posições com os Estados demandados e a possibilidade de utilização plena dos mecanismos previstos na Convenção Européia para a vindicação de seus direitos.²³⁷

Com a entrada em vigor do Protocolo nº 11 (1994)²³⁸, o Protocolo nº 9 tornou-se anacrônico, de interesse somente histórico restrito ao âmbito do sistema europeu de proteção. O novo Protocolo representou um passo importante para o fortalecimento da proteção internacional dos direitos humanos. Enfim, o indivíduo passou a ter acesso direto a um tribunal internacional (*jus standi*), como verdadeiro

²³⁶ A crítica feita pelo advogado à opinião da Comissão demonstra que nem sempre os delegados nomeados pela CIDH representam adequadamente os interesses das partes, razão pela qual a participação direta do indivíduo é de grande importância para estender a possibilidade de defesa. Esse exemplo remete ao já enfrentado problema da ambigüidade no exercício das funções da Comissão. TRINDADE, A.A. Cançado. Cf. M.-A. Eissen, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Civitas, 1985, pp. 28-36.

²³⁷ De qualquer forma, as relações entre indivíduos demandantes e a Corte Européia passaram a ser diretas, sem contar necessariamente com a intermediação dos delegados da Comissão.

²³⁸ Protocolo que instituiu a reforma do mecanismo dessa Convenção e o estabelecimento de uma nova Corte Européia como único órgão jurisdicional de supervisão da Convenção.

sujeito do Direito Internacional dos Direitos Humanos.²³⁹

No sistema interamericano, a Convenção determinava que só os Estados Partes e a Comissão tinham direito de “submeter um caso” à decisão da Corte (art. 61, I). Essa previsão sofreu três críticas principais. A primeira é a de que não faz sentido que a participação do demandante restrinja-se ao momento inicial (denúncia de violação perante a Comissão) e final do processo (fase de reparações do *quantum indenizatório* perante a Corte). Essa fórmula impede-o de participar dos momentos mais importantes para a verificação da violação de direitos e sua gravidade, quais sejam, o dos debates orais e o da produção de provas. A segunda crítica é a de que a Comissão estaria exercendo um papel ambíguo, funcionando ao mesmo tempo como parte no processo e como guardião da aplicação correta das normas da Convenção. A terceira é a de que essa previsão segue na contramão da ampla defesa, prejudicando a formação do contraditório, elemento essencial para a elaboração do convencimento do juiz. Dessa forma, seria violado o pressuposto da igualdade entre as partes.

Nas palavras de Cançado Trindade, os três argumentos em favor do reconhecimento do *locus standi* das supostas vítimas no procedimento ante a Corte Interamericana em casos já enviados a essa mesma Corte pela Comissão são os seguintes:²⁴⁰

Em primeiro lugar, ao reconhecimento de direitos, nos planos tanto nacional como internacional, corresponde a capacidade processual de vindicá-los ou exercê-los. A proteção de direitos deve ser dotada do locus standi in judicio das supostas vítimas (ou seus representantes legais), que contribui para melhor instruir o processo, e sem o qual estará este último desprovido em parte do elemento do contraditório (essencial na busca da verdade e da justiça), ademais de irremediavelmente mitigado e em flagrante

²³⁹ Cançado Trindade atribui a essa conquista e à autonomia do direito de petição um sinal de que se está diante de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional.

²⁴⁰ Tais argumentos encontram-se desenvolvidos em curso oferecido por Cançado Trindade na Sessão Externa (para a América Central) da Academia de Direito Internacional da Haia, realizada na Costa Rica em abril - maio de 1995.

*desequilíbrio processual. A jurisdicionalização do procedimento em muito contribui para remediar e por um fim a estas insuficiências e deficiências, que não mais encontram qualquer justificativa em nossos dias.*²⁴¹

O jurista entende que é da própria essência do contencioso internacional dos direitos humanos o contraditório entre as vítimas de violações e os Estados demandados. Não seria razoável conceber direitos sem a capacidade processual de vindicá-los. O *jus standi* do indivíduo atende aos princípios da equidade e transparência em direito internacional, além de respeitar o direito à livre expressão das supostas vítimas.

*Em segundo lugar, o direito de acesso à justiça em nível internacional deve fazer-se acompanhar da garantia da igualdade processual das partes (equality of arms/égalité des armes), essencial em todo sistema jurisdicional de proteção dos direitos humanos. Em terceiro lugar, em casos de comprovadas violações de direitos humanos, são as próprias vítimas - a verdadeira parte demandante ante a Corte - (ou seus parentes ou herdeiros) que recebem as reparações e indenizações. Estando as vítimas presentes no início e no final do processo, não há sentido em negar-lhes presença durante o mesmo.*²⁴²

Outras razões, de ordem prática, demonstram que a representação direta do indivíduo perante a Corte é benéfica para todas as partes envolvidas: para os Estados, na medida em que contribuem para a jurisdicionalização do mecanismo de proteção; para a Corte, que poderá instruir melhor o processo, e para a Comissão, pondo fim à ambigüidade de seu papel e conservando sua função estrita de guardiã da aplicação correta e justa dos ditames da Convenção.

A jurisprudência da Corte vem demonstrando avanços nesse sentido. No caso *Godínez Cruz e Velásquez Rodríguez* (1989), relativos a Honduras, a Corte

²⁴¹ TRINDADE, A.A. Cançado. *Consolidação da capacidade processual* ...Op. cit., p.19.

²⁴² Idem, p. 20.

recebeu escritos dos familiares e advogados das vítimas, e tomou nota desses dados.²⁴³ Outro, mais significativo, foi o caso *El Amparo* (1996), relativo à Venezuela. Durante o interrogatório, na audiência, as perguntas passaram a ser feitas diretamente aos representantes das vítimas e não mais aos delegados da Comissão. Para ditar a sentença, os juízes fizeram constar as opiniões dos representantes das vítimas ao lado das opiniões dos delegados da Comissão.²⁴⁴

O passo decisivo no avanço para a consolidação dessa prática veio com o Regulamento da Corte, adotado em 16 de setembro de 1996 e em vigência a partir de janeiro de 1997. O art. 23 dispõe que *“na etapa de reparações, os representantes das vítimas ou de seus familiares poderão apresentar seus próprios argumentos e provas de forma autônoma.”*

Embora regulamentado durante a fase de reparações, o art. 41 do Regulamento da Corte possibilita estender tal acesso à fase do interrogatório: *“Os juízes poderão formular a qualquer pessoa que compareça perante a Corte as perguntas que considerarem pertinentes.”*

Fazendo uma previsão de que futuramente a participação direta dos indivíduos demandantes será regulamentada, Cançado Trindade conclui com otimismo e crença no progresso normativo do sistema:

O necessário reconhecimento do locus standi in judicio das supostas vítimas (ou seus representantes legais) ante a Corte Interamericana constitui, nesta linha de pensamento, um avanço dos mais importantes, mas não necessariamente a etapa final do aperfeiçoamento do sistema interamericano de proteção, pelo menos tal como

²⁴³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, casos *Godínez Cruz* e *Velásquez Rodríguez* (Indemnización Compensatoria), Sentenças de 21.07.1989.

²⁴⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Transcripción de la Audiencia Pública Celebrada en la Sede de La Corte el Día 27 de Enero de 1996 sobre Reparaciones - Caso El Amparo*, pp. 72-76 (mimeografado, circulação interna).

concebemos tal aperfeiçoamento. De tal locus standi há que se evoluir rumo ao reconhecimento futuro do direito de acesso direto dos indivíduos à Corte (jus standi), para submeter um caso concreto diretamente a ela, prescindindo totalmente da Comissão para isto. O dia em que o logremos, - na linha da entrada em vigor iminente, em 01 de novembro de 1998, do Protocolo nº 11 (de 1994) à Convenção Europeia de Direitos Humanos (supra), - teremos alcançado o ponto culminante, também em nosso sistema interamericano de proteção, de um grande movimento de dimensão universal a lograr o resgate do ser humano como sujeito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, dotado de plena capacidade jurídica internacional.²⁴⁵

5 Princípio do esgotamento dos recursos de jurisdição interna

O esgotamento dos recursos internos apresenta-se como um princípio clássico do direito internacional aplicado comumente à proteção diplomática. O princípio dita que a responsabilidade de um Estado por danos causados a estrangeiros só pode ser implementada em âmbito internacional depois de esgotados os recursos de direito interno interpostos pelos indivíduos em questão. Constitui-se em uma forma de oferecer sempre aos Estados a oportunidade de aplicar os mecanismos soberanamente estabelecidos por seu sistema jurídico interno para remediar ou ressarcir um ato ilícito.²⁴⁶

Quando aplicado entre Estados, tal princípio encontra sentido por favorecer uma certa harmonia na conduta das relações internacionais. Tem sido assim desde os tempos medievais.²⁴⁷ Porém, outra situação, bem mais recente, ocorre quando um indivíduo considera-se violado em seus direitos e recorre a um órgão internacional contra o seu próprio país. Tal situação, segundo Cançado Trindade, exige uma aplicação menos rigorosa do princípio do esgotamento dos recursos à jurisdição interna.

²⁴⁵ TRINDADE, A.A. Cançado. "A Consolidação ..." Op. cit., p. 22.

²⁴⁶ NIKKEN. Op. cit. p. 232.

Um histórico do sistema interamericano demonstra que o não atendimento ao princípio já resultou nas mais diferenciadas providências por parte da Comissão. Alguns casos foram rejeitados porque não atenderam ao requisito prévio de admissibilidade;²⁴⁸ outros foram simplesmente arquivados; outros casos ainda receberam por parte da CIDH uma maior atenção, o que possibilitou aos demandantes²⁴⁹ e/ou aos governos dos Estados²⁵⁰ a apresentação de informações adicionais a respeito das razões de não se terem esgotado os recursos de jurisdição nacional.

A partir de uma regra de interpretação adotada na II Conferência Interamericana Extraordinária (1965) da OEA,²⁵¹ esse princípio deixou de ser estendido aos chamados “casos gerais” (casos de supostas violações generalizadas de direitos humanos). Um relatório de trabalho da Comissão decidiu, em 1972 (28ª Sessão), que, para os propósitos de trabalho da Comissão, a regra dos recursos internos não deveria aplicar-se a reclamações de direitos humanos em “casos gerais”, mas tão-somente em “casos individuais.” O relatório incluiu ainda três exceções à regra dos recursos internos: a não-existência de tais recursos; os atrasos indevidos, e os casos em que o reclamante foi impedido de utilizar os recursos internos. Estas exceções foram posteriormente incorporadas ao Regulamento da Comissão.

Para Cançado Trindade, *“A flexibilidade na aplicação da regra do esgotamento almeja precisamente reverter a balança em favor das vítimas, buscar um maior equilíbrio processual entre as partes, para lograr soluções mais eqüitativas e*

²⁴⁷ TRINDADE, A.A. Cançado. *O esgotamento dos recursos internos no direito internacional*. UnB, 1997, pp.23-46.

²⁴⁸ Casos n.º 1628, 1704, 1725 e 1731.

²⁴⁹ Casos n.º 1621, 1461, 1751, 1754.

²⁵⁰ Casos n.º 1631, 1693, 1748, 1683, 1684, 1690.

justas aos casos de direitos humanos.”²⁵²

Para Pedro Nikken, os recursos de jurisdição interna mostram-se muitas vezes insuficientes para salvaguardar os direitos e a dignidade da vítima. A proteção internacional se justifica como “*un remedio para la indefensión de la persona frente al Estado.*”²⁵³ E acrescenta que esse princípio é correlato à obrigação do próprio Estado, que deve estabelecer recursos internos idôneos para a proteção dos direitos humanos. O dever do reclamante em esgotar previamente todos os recursos internos deve ser contrabalançado pelo dever do Estado de assegurar na sua jurisdição uma reparação eficaz.²⁵⁴

Recentemente, várias decisões da Comissão têm atendido a essa flexibilidade. Sob o argumento do “atraso injustificado na administração da justiça” foi aceito um caso contra o Peru.²⁵⁵ Também contra o Peru a Comissão acolheu uma questão sob a justificativa de que havia ocorrido “denegação de acesso aos recursos internos, além de atraso indevido na administração da justiça”.²⁵⁶ Em outra situação, concernente à Nicarágua, a Comissão acatou os argumentos dos demandantes, que alegaram “ausência total de justiça nos tribunais locais e danos causados pelas ações arbitrárias e injustas dos mais altos funcionários do governo.”²⁵⁷

Contudo, a flexibilização não pode ser tal que descaracterize o princípio de esgotamento interno como requisito de admissibilidade, conforme previsto no

²⁵¹ Ato final da Conferência, OEA, doc. OEA/Séc.C/I.13, p.32.

²⁵² TRINDADE. *O esgotamento ...* Op. cit., p.250.

²⁵³ NIKKEN, Op. cit., p. 234.

²⁵⁴ Idem, p. 176 e TRINDADE. *O esgotamento ...*, Op. cit. p. 176.

²⁵⁵ Caso n.º 9449 (Peru) IACHR, *Annual Report* – 1986-1987, pp.129-130.

²⁵⁶ Caso n.º 9467 (Peru) IACHR, *Annual Report* – 1986-1987, pp.140-141.

²⁵⁷ Caso n.º 9102 (Nicarágua) IACHR, *Annual Report* – 1985-1986, pp.64-74.

Regulamento.²⁵⁸

O ônus da prova tende, na prática, a ser distribuído entre reclamante e governo denunciado. Mas, segundo a regra do art. 37, III da Comissão, caso o peticionário afirme a impossibilidade de comprovar o esgotamento dos recursos internos, a prova deverá ser feita pelo governo denunciado. Nikken atribui a essa exceção à regra geral (o ônus recai sobre quem alega) a justificativa da realidade dos Estados americanos, freqüentemente negatória do Estado de Direito. Nesses estados raramente existem os recursos apropriados para a defesa dos direitos humanos, ou, quando existem, são ineficazes na prática.²⁵⁹

Como visto, considerando que o fim último do regime jurídico de proteção de direitos humanos é que esses mesmos direitos sejam efetivamente respeitados, ou que, uma vez violados, sejam reparados e indenizados, a regra do esgotamento dos recursos de jurisdição interna não deve ser aplicada automaticamente e de modo geral. É essencial que sejam consideradas as circunstâncias particulares de cada caso concreto, sempre tomando o cuidado para não desconsiderar a utilidade e a importância desse mecanismo.

²⁵⁸ A Comissão não pode funcionar como mais uma instância de apelação para analisar erros de direito ou de fato cometidos pelos tribunais internos. Em um caso contra a Argentina, a Comissão afirma ser "... competente para declarar admissível uma petição e dispor sobre seu funcionamento quando esta se refere a uma sentença judicial nacional que foi proferida à margem do devido processo, ou que aparentemente viola outro direito garantido pela Convenção. Se, em contrapartida, se limita a afirmar que a decisão foi equivocada ou injusta em si mesma, a petição deve ser rechaçada conforme a fórmula acima exposta. A função da Comissão consiste em garantir a observância das obrigações assumidas pelos Estados Partes da Convenção, mas que não pode fazer-se de tribunal para examinar supostos erros de direito ou de fato que possam ter cometido os tribunais nacionais que tenham atuado dentro dos limites de sua competência." Informe da CIDH nº 39/96, de 15 de outubro de 1996, relativo ao caso Santiago Marzoni – Argentina.

²⁵⁹ NIKKEN, Op. cit., p. 240.

6 Interpretação evolutiva e restritiva dos preceitos normativos

Uma forma de avançar rumo a uma maior efetividade no plano internacional de proteção de direitos humanos sem recorrer a alterações normativas tem sido a utilização da hermenêutica. A doutrina internacionalista menciona a utilização da “interpretação evolutiva ou dinâmica”, como uma técnica interpretativa que leva em conta a dinâmica da conduta social e a apreciação de valores protegidos pelas convenções de direitos humanos.²⁶⁰

A Corte Europeia vem aplicando esse conceito interpretativo em vários de seus casos. Um deles, o caso *Arey vs. Irlanda*,²⁶¹ a interpretação evolutiva foi especialmente importante porque possibilitou a discussão de direitos econômicos, sociais e culturais, de forma indireta, na discussão da demanda. A Corte interpretou que a assistência jurídica gratuita, prevista pela Convenção para os processos penais, é devida também em processos civis quando se torna indispensável para garantir o acesso do indivíduo a um juízo justo, inserindo aí elementos de direito econômico, social e cultural. A Corte justifica dizendo que a Convenção deve ser lida (interpretada) à luz das condições de vida de hoje e que muitos direitos civis e políticos têm prolongamentos de ordem econômica, social e cultural.²⁶²

Segundo Pedro Nikken, esse exemplo ilustra como a interpretação do direito tem-se mostrado um veículo capaz de estender o alcance da proteção oferecida

²⁶⁰ Essa orientação é dada pela Corte Internacional de Justiça, que afirma que “um instrumento internacional deve ser interpretado e aplicado dentro do marco do conjunto do sistema legal em vigor no tempo da interpretação (*Legal Consequences of the Continued presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding*, Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion ICJ Reports 1971, p. 16, par. 53). Apud NIKKEN. Op. cit., pp.93-97.

²⁶¹ Caso *Arey vs. Irlanda* del 9/10/1979 (Pub. TEDH, Serie A, n. 32).

²⁶² Esse caso será melhor analisado na seção específica relativa a direitos econômicos, sociais e culturais. Outros caso, decidido pela Corte Interamericana, também atingem direitos econômicos, sociais e culturais

por um tratado aos direitos humanos, inclusive para acolher direitos econômicos e sociais. Para ele, essa interpretação representa uma “manifestação de progressividade” do sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

No sistema interamericano, esse tipo de interpretação tem sido utilizado para conceder o acesso do indivíduo demandante, de familiares ou de seus representantes diretamente à Corte Interamericana, conforme mencionado na seção anterior.

Assim como existe a interpretação evolutiva, também existe a restritiva, utilizada de forma a reduzir a interpretação dos fatos alegados em denúncias de direitos humanos ao âmbito estritamente normativo de aplicação das convenções. Esse modo de interpretação é utilizado comumente quando surgem os chamados *conceitos jurídicos indeterminados* (como ordem pública, segurança pública, segurança nacional, etc.) Tais expressões dependem da valoração e da ideologia do intérprete.

Esse tipo de interpretação é, segundo Pedro Nikken, contrário às intenções das partes envolvidas em demandas de violação de direitos humanos, pois introduz um elemento de regressividade em um sistema que quer se desenvolver progressivamente. Para Nikken: “(...) *la interpretación extensiva de un tratado sobre derechos humanos, originada en una evolución de la valoración que amplie el sentido de ciertos términos o conceptos genéricos, no sólo está autorizada, sino que se adecua perfectamente a la intención de las partes y al objeto y fin de la convención.*”²⁶³

Nesse sentido, haveria uma terceira forma interpretativa, uma interpretação

indiretamente. Caso Baena Ricardo e Outros vs. Panamá. Janeiro de 2001. Corte Interamericana de Derechos Humanos (Série C, n.º 61).

²⁶³ NIKKEN. Op. cit., p. 99

teleológica, que teria em vista o objeto e a finalidade da convenção. O art. 31, inciso I da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados define que “*um tratado deverá ser interpretado de boa fé, conforme o sentido corrente, dado aos termos do tratado e tendo em vista o seu objeto e fim.*”

Essa forma interpretativa possibilita a adoção do princípio *pro vítima*, segundo o qual a interpretação deve guiar-se para a melhor proteção dos direitos da pessoa. Conforme se observou na seção a respeito da proliferação de mecanismos de proteção de direitos, para alguns, a multiplicidade de normas que tratam da proteção de direitos humanos pode ser vantajosa porque possibilita, mediante técnica interpretativa, que uma norma mais favorável ao indivíduo venha a ser aplicada.²⁶⁴

7 Natureza jurídica das declarações e dos tratados de proteção de direitos humanos

As declarações constituem-se em atos solenes pelos quais representantes governamentais proclamam sua adesão e apoio a princípios gerais, mas que não se revestem da formalidade e da força vinculante dos tratados. Em verdade, como são resoluções, possuem apenas valor de recomendações.

No entanto, certas declarações apresentam peculiaridades que as aproximam de verdadeiras fontes do direito internacional.²⁶⁵ Possuem um conteúdo

²⁶⁴ Idem, p. 59. Cançado Trindade também reconhece que a aplicação do critério mais favorável à suposta vítima está de acordo com a tendência no plano internacional de ampliar, ao invés de restringir, a proteção dos direitos humanos. TRINDADE, A.A. Cançado. *Tratado de direito internacional ...Op.cit.*, pp.83 e 436.

²⁶⁵ Alguns autores consideram que as declarações de direitos humanos poderia se enquadrar na chamada *soft law*, ou “direito relativo”. Trata-se de instrumentos jurídicos cuja força obrigatória é superior à dos textos que não têm nenhum valor jurídico, mas menor que a dos textos revestidos de força legal obrigatória. Esse tipo de direito vem adquirindo cada vez mais importância nas Organizações Internacionais. Para alguns (Prosper Weil) a

que expressa princípios de vigência duradoura e mostram-se altamente respeitáveis ante a comunidade internacional. Para alguns autores, as próprias características incluem tais declarações na classificação de direito internacional consuetudinário.²⁶⁶ Chegam essas declarações a ser consideradas obrigatórias, ou porque recorrem aos princípios gerais do direito, ou porque, em razão de solenidade, alcançam a categoria de normas imperativas – *jus cogens*.²⁶⁷

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi ratificada por numerosos Estados que expressaram sua adesão de caráter obrigatório.²⁶⁸ Para Nikken, a Declaração Universal é o instrumento mais universalmente aceito para determinar o alcance das obrigações internacionais em matéria de direitos humanos. Mas, ainda que muitos de seus princípios façam parte do direito consuetudinário (como, por exemplo, direito à vida, proibição da escravidão, da tortura, de outras penas cruéis, inumanas ou degradantes), outros direitos ali enunciados não se revestem da mesma natureza.²⁶⁹

multiplicação dessas normas representa uma debilidade no sistema normativo internacional. Muitas vezes são significações étnicas, morais ou ideológicas que estão por trás dessas normas. Essa parcela de incerteza da norma a transforma em *lex ferenda*, representando as aspirações mais profundas da comunidade internacional, as quais não alcançaram um determinado grau de positividade (Zona de penumbra entre legalidade-legitimidade - Pellet). Para outros, esse tipo de norma é muito importante porque pode gerar rapidamente um consenso de amplo alcance sobre determinadas definições internacionais (Fastenrath). O debate técnico, para alguns, é artificial e acaba produzindo a manutenção do *status quo* (efeito indireto citado por Franz Hinkelammert), não representando mais do que a produção de uma multiplicidade de documentos das Nações Unidas. ISA, *Op. cit.*, pp. 70-75.

²⁶⁶ NIKKEN. *Op. cit.*, p. 263 e JIMENEZ de ARECHAGA, E. *El derecho internacional contemporâneo*. Madrid: Tecnos, 1980, pp. 38-42. Esses autores entendem que esse seria o caso da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

²⁶⁷ No sentido do art. 53 da Convenção de Viena Sobre Direitos dos Tratados. Tais declarações têm influenciado a elaboração de tratados por ela inspirados. No sistema universal, os dois Pactos receberam influência da Declaração Universal e, no sistema americano, o Pacto de San José da Costa Rica foi influenciado pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

²⁶⁸ René Cassin sustentava, na época da aprovação da Declaração, que ela possuía no mínimo a força legal de uma recomendação; também dizia que ela servia de referência para avaliar a situação de cumprimento pelos Estados das obrigações de cooperação para a proteção dos direitos humanos; e que a Declaração estabelecia um elemento para o estabelecimento de uma “ordem pública universal”, afirmando-se inclusive na esfera do direito internacional privado. Passados vinte anos, o mesmo Cassin afirmou que, progressivamente, os princípios proclamados na Declaração, inclusive antes de sua inclusão nos pactos obrigatórios, foram se integrando no âmbito do direito positivo. CASSIN, R. *La Commission des Droits de L’Homme de l’ONU*. Paris: Micelânea W. F. Ganshof Van der Meersch, LGDJ, 1972, p. 405.

²⁶⁹ NIKKEN, *Op. cit.*, p. 282.

Para o autor, a Declaração vem recebendo progressivamente o reconhecimento de sua força obrigatória, mas ainda há um longo caminho a percorrer.

O lapso de dezoito anos entre a Declaração Universal de 1948 e os Pactos de 1966 possibilitou que os princípios consagrados nessa Convenção repercutissem não só no âmbito das Nações Unidas, mas também nos outros sistemas de proteção de direitos e em muitas Constituições que consagram direitos e garantias fundamentais. A Declaração e o Programa de Ação de Viena, documento mais importante aprovado na II Conferência Mundial de Direitos Humanos, veio reafirmar e ampliar os direitos proclamados na Declaração Universal .

O caráter vinculante da Declaração Americana pode ser medido de maneira análoga à análise feita da Declaração Universal, constituindo uma prática consuetudinária no âmbito da OEA, mas a amplitude internacional da Declaração Universal é incomparável, tomando-se como referencial qualquer outro documento que já existiu sobre direitos humanos.

Se a força obrigatória das declarações divide opiniões, o mesmo não ocorre com os tratados de proteção de direitos humanos. É consenso que tais documentos internacionais geram obrigações por parte dos Estados-membros.

Os tratados, sejam multilaterais ou bilaterais, perseguem um intercâmbio recíproco de vantagens e benefícios. Há uma correlação de direitos e deveres que pressupõe uma posição de equilíbrio entre as partes. Segundo a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, o descumprimento grave das obrigações por uma das partes pode representar a justificativa para o término do tratado ou a suspensão parcial de seus efeitos (art. 60), ou ainda, por força da cláusula *rebus sic stantibus*, um

desequilíbrio nas condições de igualdade entre as partes pode romper o limite dessa situação.²⁷⁰

Mas aquelas que têm por objeto a proteção de direitos humanos estão revestidas de outra natureza. São consideradas regras de ordem pública e têm por objeto os direitos dos seres humanos em geral, e não aqueles restritos a um Estado específico.²⁷¹

Referindo-se à Convenção sobre o Genocídio, a Corte entendeu que:

En tal convención los Estados contratantes no tienen intereses propios, tienen solamente, todos y cada uno de ellos, un interés común, que es el de preservar los fines superiores que son la razón de ser de la convención. En consecuencia, en una convención de este tipo no puede hablarse de ventajas o desventajas individuales de los Estados, ni de mantener el equilibrio contractual exacto entre derechos y deberes. La consideración de los fines superiores de la convención es, en virtud de la voluntad común de las partes, el fundamento y la medida de todas sus disposiciones.²⁷²

Flávia Piovesan opina no mesmo sentido, afirmando que o tratamento jurídico diferenciado, conferido pelo artigo 5º, § 2º, da Constituição de 1988:

*(...) justifica-se na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados internacionais comuns. Enquanto estes buscam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre os Estados partes, aqueles transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes. Os tratados de direitos humanos objetivam a salvaguarda dos direitos humanos e não das prerrogativas dos Estados*²⁷³

Apesar dos fins superiores das declarações e das convenções que tratam de

²⁷⁰ SALCEDO. Op. cit., pp. 103-115.

²⁷¹ A Própria Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados afirma que a reciprocidade não é aplicada “às disposições relativas à proteção da pessoa humana contidas em tratados de caráter humanitário, em particular as disposições que proíbem toda a forma de represália com respeito às pessoas protegidas por esses tratados” (art. 60, inciso V).

²⁷² Reservas à Convenção sobre o Genocídio. AVIS: CIJ, Relatório 1951, p.23.

direitos humanos, muitas vezes os Estados deixam de cumprir as obrigações que pactuam e, mesmo depois de condenados por decisão de um tribunal internacional, são capazes de alegar razões diversas para o descumprimento.²⁷⁴

Clèmerson Merlin Clève, utilizando a classificação de José Afonso da Silva,²⁷⁵ faz uma análise das normas contidas nas convenções européia e americana, identificando nos dois sistemas a existência de duas situações: normas de eficácia limitada declaratórias de princípio institutivo – e que dependem, para adquirir eficácia plena, de medidas jurídicas complementares a serem tomadas pelo Estado contratante – e normas de eficácia limitada declaratórias de princípios programáticos – que dependem de atuação positiva e material para adquirirem eficácia.

As violações das normas que instituem princípios programáticos, por exigirem uma ação estatal positiva para concretizar direitos subjetivos do indivíduo (alimentação, educação, saúde, moradia, etc.), são dificilmente sancionadas porque estão inseridas no âmbito discricionário dos governos. Portanto, afirma Clève que o desejo de não operar a distinção entre os direitos civis e políticos, de um lado, e os econômicos, sociais e culturais, do outro – indivisibilidade declarada no preâmbulo da Convenção americana – resulta, na prática, frustrado.²⁷⁶

A eficácia das sentenças da Corte Interamericana, que será discutida na próxima seção, depende, em grande medida, da vontade do Estado em cumprir a condenação que lhe for imposta. Mas a natureza dessa vontade, assim como a

²⁷³ PIOVESAN. F. *Op. cit.*, p. 94

²⁷⁴ Caso Nicarágua vs. Estados Unidos.

²⁷⁵ CLÈVE. *Temas ...Op. cit.*, p.138. A classificação de José Afonso da Silva divide as normas em três categorias: I – normas convencionais de eficácia plena (de aplicabilidade imediata, direta e integral); II – normas convencionais de eficácia contida (aplicabilidade imediata, direta, mas não integral); III – normas convencionais de eficácia limitada ou reduzida (aplicabilidade indireta, mediata e reduzida).

responsabilização do Estado no plano internacional, não pode ser definida por características estritamente jurídicas. Antes de tudo envolve aspectos políticos e, em grande medida, também econômicos.²⁷⁷

8 Eficácia das sentenças da Corte

As petições que tramitam no âmbito da CIDH podem resultar, no máximo, na publicação de um relatório em que se declare a responsabilidade internacional do Estado.²⁷⁸ Já o trâmite perante a Corte pode resultar em uma sentença contra o Estado que violou os direitos previstos na Convenção Americana. Quando o Estado é considerado responsável, a consequência implica a obrigação de fazer cessar a violação e de indenizar a vítima ou seus herdeiros legais. A solução amistosa, promovida pela Comissão, oferece um resultado análogo ao das sentenças da Corte: o pagamento de indenizações e outras medidas. Mas as sentenças não são resultado de uma negociação entre Estado e peticionários; são, antes de tudo, decisões formadas pelo livre convencimento dos juízes e, pois, obrigatórias.

O sistema americano não dispõe de um órgão especialmente encarregado da

²⁷⁶ *Idem*, p. 141.

²⁷⁷ Admitir violações socioeconômicas significa admitir a responsabilidade estatal por uma gestão pública deficiente. Alegar o Estado, em sua defesa, que a violação social e econômica é causada pelas “forças do mercado”, significa admitir que o sistema como um todo está viciado e é incapaz de gerenciar a justiça social. Em qualquer caso, não interessa aos Estados admitir julgamentos a respeito de questões tão fundamentais como os direitos sociais, econômicos e culturais.

²⁷⁸ Para Hélio Bicudo, as decisões da Comissão são “quase judiciais”: “...a Comissão Interamericana de Direitos Humanos tem largo campo de ação. Ela busca, antes de tudo, uma solução amigável entre as partes. Se o Estado apontado como violador não adotar, em prazo razoável, as medidas recomendadas, a questão vai para o domínio público, geralmente na forma de resolução, incluída no relatório anual da entidade. Essas decisões, quando julgam queixas apresentadas, têm configuração quase judicial, pois são declaratórias, ou não, de culpa, e indicam medidas concretas para sua reparação, isto depois de audiências individuais e até mesmo de investigações nos países incriminados.” BICUDO, Hélio. *Estratégias para a Promoção da Punibilidade das Violações dos Direitos Humanos*. Seminário Direitos Humanos no Século XXI, 10 e 11 de setembro de 1998, Instituto de Pesquisa de

verificação do cumprimento da sentença. Essa verificação tem sido realizada pela própria Corte, que acompanha a execução das sentenças e, até o presente momento, não há notícias de qualquer desconsideração por parte dos Estados em relação a tais decisões.

O art. 67 da Convenção Americana estabelece que: “*A sentença da Corte será definitiva e inapelável.*”²⁷⁹ No sistema europeu, o art. 52 do Convênio Europeu estabelece que as sentenças do Tribunal Europeu de Direitos Humanos serão definitivas.²⁸⁰²⁸¹ Alguns autores afirmam que as sentenças do TEDH são meramente declaratórias,²⁸² não possuindo caráter executivo porque não anulam nem modificam por si mesmas um ato interno contrário ao Convênio. Para Vadell, do ponto de vista internacional não há como estabelecer uma execução forçosa semelhante à praticada no direito interno; mas, de forma indireta, pelo concurso mais ou menos voluntário das autoridades do Estado, tais sentenças, que em princípio parecem meramente declaratórias, podem ter efeitos diretos no ordenamento interno dos Estados-

Relações Internacionais, Fundação Alexandre Gusmão, Rio de Janeiro. Disponível em www.mre.gov.br/ipri (14 de julho de 2001).

²⁷⁹ Em caso de divergência sobre o sentido ou alcance da sentença, a Corte interpretá-la-á, a pedido de qualquer das partes, desde que o pedido seja apresentado dentro de noventa dias a partir da data da notificação da sentença.

²⁸⁰ A doutrina espanhola distingue entre sentenças definitivas e sentenças firmes, enquanto as sentenças definitivas produzem apenas o efeito de terminar uma instância do processo (correlatas às sentenças terminativas no sistema processual brasileiro), possibilitando a modificação de seu conteúdo via recurso; as sentenças firmes se caracterizam como aquelas contra as quais não cabe recurso algum, salvo recurso de revisão ou extraordinário (correlatas às sentenças definitivas no sistema brasileiro). Tendo em vista que contra as sentenças do TEDH não há possibilidade de apelação, a não ser para fins de interpretação do *decisum*, são elas sentenças firmes. Atualmente, o novo Regulamento do Tribunal de Justiça europeu, em vigor desde 19 de junho de 1991, já assinala no art. 65 que as sentenças são firmes desde o dia de seu pronunciamento. VADELL, Lorenzo M. Bujosa. *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ordenamiento español*. Madrid: Tecnos, 1997.

²⁸¹ Ainda que a sentença do Tribunal Europeu seja definitiva, é suscetível de ser complementada por uma aclaração quando as partes ou a Comissão assim solicitarem dentro de três anos seguintes ao pronunciamento da sentença (art. 55). Também, no caso de descoberta de um fato que possa ter influência decisiva e que, na época do pronunciamento da sentença era desconhecido, as partes ou a Comissão podem, no prazo de seis meses, solicitar a revisão da sentença. Ver RODRIGUEZ, J. M. Morenilla. *El Convenio Europeo ...* Op. cit., p. 55.

²⁸² HERNANDEZ, C. Escobar. *Problemas planteados por la aplicacion en el ordenamiento español de la sentencia Bultó* (Comentario a la STC 245/1991 de 16 de diciembre). RIE, 1992, vol.19, num. 1, p.143.

membros.²⁸³

A solução clássica apresentada pelo direito internacional define que as sentenças internacionais são juridicamente obrigatórias, mas nunca executórias,²⁸⁴ derivando daí a conclusão que teriam efeito meramente declaratório, pois seus efeitos dependem da competência interna e da vontade de atingir o resultado. A doutrina espanhola afirma que se trata de uma “obrigação de resultado”,²⁸⁵ uma exigência para que o Estado estabeleça os meios para se obter as conseqüências derivadas da sentença do TEDH. Essa obrigação de resultado seria flexibilizada por uma *cláusula de salvaguardia*²⁸⁶ (art. 50 da CEDH) que estabelece que, na impossibilidade de se encontrar um meio para se obter o efeito exigido pela sentença, cabe estabelecer uma *satisfação equitativa*. O sistema interamericano também prevê o pagamento de *justa indenização* à parte lesada (art. 62 da CADH).

Com a salvaguarda, a sentença indenizatória se converte em uma prestação de dar, um cumprimento equivalente (modo imperfeito de cumprir a obrigação), já que a prestação *in natura* não é possível. Para Vadell, é justamente essa novação que demonstra o caráter condenatório da sentença: “*Se trata de auténticas sentencias de condena que conceden una prestación en favor de la víctima de la violación del Convenio, por la que el Estado infractor le compense de algún modo por los daños y*

²⁸³ VADELL. Op. cit., p. 102.

²⁸⁴ FERNANDEZ SÁNCHEZ, P. A. *La responsabilidad internacional de España en el llamado caso Bultó*. PJ, num, 17, 1990, pp. 127 e ss.

²⁸⁵ FERNANDEZ SÁNCHEZ, P. A. *Las obligaciones de los Estados em el marco del Convenio Europeu de Derechos Humanos*, Madrid, 1987, pp. 77-80.

²⁸⁶ Ressalve-se que essa compensação é imperfeita e sofre muitas críticas por imputar ao Estado violador a possibilidade de se liberar da obrigação mediante de uma satisfação pecuniária. Além de utilizar critérios econômicos para compensar danos provocados aos seres humanos, o dever fica restrito ao caso concreto, sem estender seus efeitos a situações semelhantes ou a ações/omissões reiteradas que eventualmente possam estar sendo praticadas pelo Estado em questão.

*perjuicios producidos.*²⁸⁷

Alguns autores acreditam que as decisões da Corte Interamericana têm força de título executivo no direito interno. Para Flávia Piovesan: “*A decisão da Corte tem força jurídica vinculante e obrigatória, cabendo ao Estado seu imediato cumprimento. Se a Corte fixar uma compensação à vítima, a decisão valerá como título executivo, em conformidade com os procedimentos internos relativos à execução de sentença desfavorável ao Estado.*”²⁸⁸

Não obstante a opinião de juristas e doutrinadores para que as sentenças se efetivem, o Estado deve criar condições jurídicas gerais necessárias para que a sentença de um tribunal internacional possa gerar, no direito interno, os efeitos de concessão à plena reparação à violação de direitos.

Na prática, o sistema europeu tem apresentado bons resultados quanto ao cumprimento voluntário das sentenças.²⁸⁹ Há uma espécie de “espírito de cooperação” que facilita as boas relações entre Estados e uma tendência de incorporação do direito comunitário pelo direito interno.²⁹⁰

²⁸⁷ VADELL. Op. cit., p. 114.

²⁸⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996. P. 237.

²⁸⁹ Os Estados-membros estão cooperando com os órgãos de Estrasburgo para um melhor cumprimento das resoluções do Conselho de Roma.

²⁹⁰ TRINDADE. A.A. Cançado. *Tratado de direito internacional ...* Op. cit., p. 404. O autor menciona que o novo constitucionalismo proporciona uma abertura para a internacionalização dos direitos humanos. Na mesma linha, Gustavo Zagrebelsky também refere-se à *ductilidad constitucional*, ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 1995, p. 14.

9 Limite da responsabilidade estatal

Como visto, o reconhecimento de um direito em um documento internacional não é garantia de seu efetivo cumprimento. A assinatura de uma declaração de direitos, na prática, não resulta na necessária adoção de medidas estatais para o cumprimento de seus preceitos e, mesmo com a ratificação, a falta de executoriedade das sentenças dos tribunais internacionais deixa o *decisum* sem forças para uma eficaz atuação, se não dispõe da colaboração do próprio Estado violador. O problema abandona então a esfera da legalidade e passa para o âmbito político. Conforme ensina Cançado Trindade:

Os tratados de proteção dos direitos humanos, distintamente dos demais tratados que se mostram eivados de concessões mútuas pela reciprocidade, inspiram-se em considerações de ordem superior, de ordem public. Ao criarem obrigações para os Estados vis-à-vis os seres humanos sob sua jurisdição, suas normas aplicam-se não só na ação conjunta (exercício de garantia coletiva) dos Estados Partes na realização do propósito comum de proteção, mas também e sobretudo no âmbito do ordenamento jurídico interno de cada um deles, nas relações entre o poder público e os indivíduos.²⁹¹

A proteção no plano internacional está vinculada à adoção e ao aperfeiçoamento das medidas nacionais de implementação de direitos. É a própria proteção internacional que requer medidas nacionais de implementação, assim como o fortalecimento das instituições nacionais vinculadas à plena observância dos direitos humanos e ao Estado de Direito.²⁹²

A necessidade de cooperação de um Estado e a dificuldade de obtê-la é resultado de uma situação paradoxal existente nos sistemas de proteção de direitos

²⁹¹ TRINDADE, A.A. Cançado. "A Consolidação ..."Op. cit, p. 4.

²⁹² VASAK, K. "Human Rights as a Legal Reality", *The International Dimensions of Human Rights* (eds. K. Vasak e Ph. Alston), vol. I, Paris, UNESCO/Greenwood, 1982, pp. 3-10; e cf. P.Nº Drost, *Human Rights as Legal Rights*, Leyden, Sijthoff, 1965, pp. 61-75.

humanos. O Estado, acusado de violar os direitos humanos, é o encarregado de cumprir as recomendações ou decisões de organismos de proteção de direitos humanos. A reunião de fatos e provas a respeito da violação depende da cooperação estatal em fornecer adequadamente as informações solicitadas.²⁹³

Quando o Estado se abstém de subministrar a informação solicitada, surge um problema que tem sido resolvido mediante uma espécie de *sanção* pelo silêncio estatal. O art. 39 do novo Regulamento da Comissão define que serão presumidos verdadeiros os fatos relatados na petição inicial, se o respectivo governo não fornecer informação correspondente, sempre e quando os outros elementos de convicção não delinearem uma conclusão diversa. O silêncio gerará uma presunção contra o Estado.²⁹⁴

Esse dispositivo deve ser interpretado no sentido de entender a cooperação estatal como um dever jurídico. Se o Estado não se defende, se não apresenta suas provas e suas alegações, o caso será decidido segundo as alegações e provas do denunciante.

Para Cançado Trindade, a clássica polêmica *monismo/dualismo* mostra-se ociosa e estéril, construída sobre falsas premissas, pois o Direito Internacional dos Direitos Humanos supera tal distinção reconhecendo que o ser humano é sujeito de direitos, quer no plano nacional, quer no internacional (esse reconhecimento procede do resgate do próprio *droit des gens*).²⁹⁵ A adoção e o aperfeiçoamento das medidas nacionais eficazes de implementação é indispensável para a evolução da própria

²⁹³ O art. 40 do Regulamento da CIDH define que essa Comissão poderá realizar uma investigação *in loco* que, para que seja eficaz, solicitará facilidades em obter informações que deverão ser proporcionadas pelo Estado.

²⁹⁴ NIKKEN. Op. cit., p. 252.

²⁹⁵ TRINDADE. A.A. Cançado. "A Consolidação ..." Op. cit., p. 23.

proteção internacional dos direitos humanos. Direito internacional e direito constitucional devem andar lado a lado e não contrapostos: *“Verifica-se aqui uma interação dinâmica entre o direito internacional e o direito interno, e os próprios tratados de direitos humanos significativamente consagram o critério da primazia da norma mais favorável aos seres humanos protegidos, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno.”*²⁹⁶

Para o jurista, uma vez que ratifiquem os tratados de proteção de direitos humanos, os Estados Partes contraem, além das obrigações convencionais específicas atinentes a cada um dos direitos protegidos, também obrigações gerais da maior importância. Uma delas é a de respeitar e assegurar o respeito dos direitos protegidos – o que requer medidas positivas por parte dos Estados – e outra é a de adequar o ordenamento jurídico interno à normativa internacional de proteção. Isso poderia incluir a supressão de lacunas no direito interno, ou a alteração de disposições legais para o fim de harmonizar o direito interno ao direito internacional.

Tais ações exigem o concurso de todos os poderes do Estado, de todos os seus órgãos e agentes.²⁹⁷ Ao poder executivo cabe a responsabilidade por tomar todas as medidas administrativas ou outras para cumprir as obrigações convencionadas. Ao legislativo, incumbe cumprir as tarefas mencionadas de harmonizar a legislação por meio da criação e eventual alteração de dispositivos legais. Ao judiciário cabe aplicar efetivamente as normas convencionadas em tratados internacionais no plano do direito interno e assegurar que essas mesmas normas sejam respeitadas. O descumprimento das normas convencionais de proteção aciona de imediato a responsabilidade

²⁹⁶ Idem, p. 4. Na vindicação de seus direitos, a pessoa humana é sujeito do direito interno assim como do direito internacional, dotada em ambos de personalidade e capacidade jurídicas. Em última análise, a primazia é sempre da norma que melhor proteja o vindicante.

internacional do Estado, por ato ou omissão, seja do poder Executivo, seja do Legislativo, seja do Judiciário.²⁹⁸

(...) o Estado pode perfeitamente ser responsabilizado no plano internacional pelo descumprimento de normas convencionais, ainda que busque este estribar-se em lei ou norma constitucional interna; não é uma possibilidade teórica, há inúmeros casos em que isto tem ocorrido, como revela a rica jurisprudência sob a Convenção Européia de Direitos Humanos (...) a relutância dos poderes do Estado em tomar medidas positivas para dar plena vigência aos Tratados de Direitos Humanos é injustificável, e contribui à configuração de um ilícito internacional imputável ao Estado em questão.²⁹⁹

Para Marco Antônio Brandão,³⁰⁰ quando se fala em responder internacionalmente pelas violações cometidas em território brasileiro, o que está em jogo não é apenas o julgamento da vontade política do Executivo federal, mas a responsabilidade jurídica internacional do Estado. O fato de a União – como a pessoa jurídica de direito internacional público – representar o Estado brasileiro no cenário internacional não pode obscurecer a natureza da obrigação jurídica, que engaja todos os poderes do Estado e todos os níveis da administração pública (federal, estadual e municipal). O esforço de cumprimento das obrigações contraídas no âmbito internacional é, portanto, um esforço nacional, que envolve necessariamente parceria entre o poder público e a sociedade civil.³⁰¹

No mesmo sentido, no julgamento do Caso Velásquez, a Corte já afirmou que:

²⁹⁷ TRINDADE. A.A. Cançado. *Tratado de direito internacional ...Op. cit.*, pp. 441-442.

²⁹⁸ *Idem*, p. 442.

²⁹⁹ *Idem*.

³⁰⁰ BRANDÃO, Marco A. Diniz. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e seu aperfeiçoamento no limiar do século XXI*. Seminário Direitos Humanos no Século XXI, 10 e 11 de setembro de 1998, Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, Fundação Alexandre Gusmão. p. 17. Disponível na Internet em www.mre.gov.br/ipri (14 de julho de 2001).

³⁰¹ Como lembra Cançado Trindade: “(...) o descumprimento das normas convencionais engaja de imediato a responsabilidade internacional do Estado, por ato ou omissão, seja do Poder Executivo, seja do Legislativo, seja do Judiciário.” TRINDADE. A.A. Cançado. *Tratado de direito internacional ...Op. cit.*, p. 442.

Um ato atentatório aos direitos humanos e que, inicialmente não seria diretamente imputável a um Estado – por exemplo, se for obra de um particular ou se outro não é identificado – pode todavia comprometer a responsabilidade internacional deste Estado, não em razão do próprio fato, mas em razão da diligência do Estado para prevenir a violação dos direitos humanos ou tratá-la nos termos exigidos pela Convenção.³⁰²

Para Ines Perez Suarez,³⁰³ quando um Estado ingressa no sistema internacional de direitos humanos, assume as obrigações de “prevenir”, investigar, sancionar e reparar toda violação dos direitos humanos. Prevenir, segundo a autora, é dever jurídico do Estado – com todos os meios ao seu alcance – de evitar, com toda antecipação, possível consumação omissiva ou ativa que implique violação de um direito fundamental. A prevenção conteria, em si, a promoção, termo que envolve uma gama de atividades, sendo as principais: informar e difundir assuntos relacionados com os direitos humanos;³⁰⁴ fomentar o desenvolvimento de valores e atitudes que respaldem os direitos humanos;³⁰⁵ alentar as medidas que permitam defender os direitos humanos para que não sejam violados substancialmente por meio de acordos regionais; e fornecer assistência técnica.

³⁰² Corte Interamericana de Derechos Humanos, casos *Godínez Cruz* e *Velásquez Rodríguez* (Indemnización Compensatoria), Sentenças de 21.07.1989.

³⁰³ SUAREZ, Ines Perez. *Estratégias de Promoção dos Direitos Humanos na Argentina no Início do Século XXI*. Seminário Direitos Humanos no Século XXI, 10 e 11 de setembro de 1998, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, Fundação Alexandre Gusmão Rio de Janeiro, pp. 7-9. Disponível na Internet em www.mre.gov.br/ipri (14 de julho de 2001).

³⁰⁴ Uma política que trabalhe a informação em matéria de direitos humanos deve contemplar os seguintes aspectos: possibilitar o acesso a todo documento, material, bibliografia, etc, relacionado com o assunto, ao maior público possível; produção de material de difusão/informação; campanhas de publicidade do tipo maciça (dirigidas ao público em geral) ou seletiva (dirigidas a destinatários específicos); realização de encontros, mesas redondas, debates, ciclos de vídeos, concursos de cartazes e outras atividades que signifiquem o envolvimento de pessoas com a problemática dos direitos humanos.

³⁰⁵ Inclui também a capacitação, entendida como atividade de atualização ou de envolvimento mais conceitual a uma problemática deve compreender: cursos de capacitação dirigidos aos funcionários públicos em geral e aos encarregados do cumprimento da lei em especial; cursos de capacitação dirigidos a docentes de todos os níveis; cursos dirigidos a destinatários especiais, como legisladores e seus assessores, jornalistas, médicos, associações, etc; promover a inclusão dos direitos humanos nos currículos de formação das forças de segurança (polícia, forças armadas, serviço penitenciário, etc); promover a inclusão dos direitos humanos na formação universitária; promover a inclusão dos direitos humanos na formação inicial e secundária; constituir grupos de especialistas em matéria de direitos humanos; alentar e promover a investigação em matéria de direitos humanos.

Mas a responsabilidade do Estado pode ser fundamentada em outra perspectiva. Essa forte suposição de que bastaria que os Estados e seus respectivos governos desejassem cumprir as normas internacionais para que os direitos humanos fossem respeitados não é compartilhada por todos os autores. Andrew Hurrell descreve que no período pós-Guerra Fria, o mundo assistiu à transformação de um *solidarismo consensual* para um *solidarismo coercitivo*, que trouxe novas e múltiplas formas de condicionalidade, entendida como: “*a aplicação institucionalizada de condições de ao fluxo interestatal de recursos econômicos com o intuito de induzir mudanças nas políticas domésticas.*”³⁰⁶ Segundo o autor, essa condicionalidade é utilizada para alguns objetivos como, no caso dos direitos humanos, democracia, boa governança, nível de gastos militares, políticas relativas à proliferação de usos de energia nuclear, políticas ambientais, etc. Tais formas de condicionalidade foram institucionalizadas pelas instituições financeiras mundiais (Banco Mundial, FMI, bancos regionais de desenvolvimento) e pela Comissão de Desenvolvimento da OECD.

Essa visão ajusta-se ao raciocínio já demonstrado de que o sistema de proteção e promoção de direitos humanos é sustentado e sustenta a estrutura econômica e social que prevalece no cenário internacional atual. Conforme salienta o próprio autor, “*a longo prazo, o uso de poderes coercitivos externos para dar apoio a sistemas políticos que protejam os direitos humanos está condenado a ser extremamente limitado.*” Tais razões, defendidas por autores que se enquadram em uma visão *anticosmopolita*, serão melhor discutidas no capítulo seguinte deste trabalho.

³⁰⁶ HURRELL, Andrew. “Sociedade internacional e governança global”. *Revista Lua Nova*, n. 46, 1999, p.55.

10 Brasil e o sistema americano de proteção de direitos humanos

O Brasil começa a se inserir no processo de universalização dos direitos humanos mais tarde que a maioria dos demais países latino-americanos. Somente com a deflagração do processo de democratização é que o país começa a ratificar os tratados mais relevantes em matéria de direitos humanos.³⁰⁷

A partir da Constituição Federal de 1988, que incorpora a maioria dos princípios previstos na Declaração Universal de 1948, o país passa a ratificar inúmeros tratados. Os mais importantes são: a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos e Degradantes, em 28 de setembro de 1989; a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24 de setembro de 1990; O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24 de janeiro de 1992, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, também em 24 de janeiro em 1992, a Convenção Americana de Direitos Humanos,³⁰⁸ em 25 de setembro de 1992 e a Convenção Interamericana para Prevenir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, em 27 de novembro de 1995.

Por duas vezes, em 1987 e 1991, a Mesa da Câmara dos Deputados arquivou projetos de resolução para criar uma Comissão Permanente de Direitos Humanos.³⁰⁹ A Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados foi criada

³⁰⁷ O primeiro tratado ratificado, já em 1984, foi a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.

³⁰⁸ A partir daí houve um incremento significativo de casos relativos ao Brasil que passaram a ser tratados pela CIDH criando um ambiente interno propício à atuação das organizações de defesa dos direitos humanos. Com efeito, ONGs como o Centro Santos Dias de Direitos Humanos, a "Human Rights Watch/Americas" e o CEJIL ("Center for Justice and International Law") passaram a apresentar número crescente de petições a respeito de alegadas violações dos direitos humanos em território nacional. Em contraste com o período autoritário, em que as solicitações de órgãos internacionais de direitos humanos recebiam respostas lacônicas, o Governo brasileiro procurou obter informações pormenorizadas e dialogar como a CIDH, tendo em vista o reconhecimento do princípio da legitimidade da preocupação internacional com os direitos humanos em qualquer país e as obrigações jurídicas decorrentes da Convenção Americana. BRANDÃO. Op. cit., p. 10.

³⁰⁹ No período 1991 a 1995, o Congresso Nacional apoiou muitas iniciativas com relação aos direitos humanos, na tentativa de sensibilizar as organizações da sociedade civil para a temática dos direitos humanos. Dentre as iniciativas tomadas nesse período estão: a formação de uma Comissão Externa dos Desaparecidos Políticos, as

somente em 1995. O poder dessa Comissão, apesar de limitado a um poder moral, político, ajudou, em cinco anos de trabalho, a institucionalizar inúmeros direitos na esfera legislativa. Dentre as principais conquistas estão: leis de reparação às famílias dos mortos e desaparecidos políticos; lei que instituiu o rito sumário na reforma agrária; lei que tipificou o crime de tortura; lei que transferiu da justiça militar para a justiça comum a competência dos crimes dolosos perpetrados por policiais militares; a ratificação de diversos tratados internacionais relevantes para os direitos humanos; estimulou a criação de inúmeras comissões de direitos humanos espalhadas nas assembleias legislativas e nas câmaras municipais em todo o país, além de receber e apurar centenas de denúncias de violações trazidas pela sociedade.

No âmbito do Poder Executivo, foi criada em 1995 a Secretaria Nacional de Direitos Humanos, sendo posteriormente transformada em Secretaria de Estado (1999). O Programa Nacional de Direitos Humanos foi lançado pelo Presidente da República em 1996 (com predomínio nos direitos civis e políticos para orientar as ações do Estado).³¹⁰ No ano de 1999, foi aprovada a lei instituindo o Programa Nacional de Proteção de Vítimas e Testemunhas, e o Governo Federal reconheceu a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos.³¹¹ O Brasil passou a admitir

CPI's do Extermínio de Crianças, do Sistema Penitenciário, da Pistolagem, da Violência contra a Mulher, da Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes. MIRANDA, Nilmário. *Direitos humanos em transição*. Disponível na Internet em <http://www.cepet.ufmg.br/bacp/agosto010/miranda010.html> (14 de julho de 2001).

³¹⁰ O Programa Nacional de Direitos Humanos prevê, a curto prazo, a ratificação dos seguintes atos internacionais: ratificar a Convenção 138 e implementar a Recomendação 146 da OIT, que tratam da idade mínima para admissão no emprego; ratificar a Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, aprovada pela OIT em 1989; ratificar a Convenção Internacional para Proteção dos Direitos dos Migrantes e de suas Famílias, aprovada pela ONU em 1990; ratificar a Convenção Interamericana de Desaparecimento Forçado de Pessoas, assinada em Belém/PA em 9/06/94; adotar legislação interna que permita o cumprimento pelo Brasil dos compromissos assumidos internacionalmente, como Estado-Parte, em convenções e tratados de direitos humanos; dar continuidade à política de adesão a tratados internacionais para proteção e promoção dos direitos humanos, através da sua ratificação e implementação. Disponível na Internet em <http://www.mre.gov.br/pndh1.htm> (14 de julho de 2001).

³¹¹ O reconhecimento pelo Brasil da jurisdição obrigatória da Corte já fazia parte das metas estabelecidas pelo Programa Nacional de Direitos Humanos. Foram realizadas várias campanhas de entidades e importantes personalidades do mundo jurídico, político, acadêmico e religioso para ajudar nesse processo. A principal

a inspeção por comissões internacionais de verificação do cumprimento dos compromissos internacionais e fez o Relatório à ONU, em 1996, a respeito do cumprimento do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

Nilmário Miranda reconhece o esforço brasileiro em tentar suprir o atraso democrático causado pelo regime militar, mas também reconhece grandes limites: *“Embora inegáveis avanços na luta pelos direitos humanos no Brasil, é evidente a enorme distância entre os avanços institucionais e a prática real. Por exemplo: apenas dois policiais foram condenados por tortura nestes dois anos de vigência da lei que tipificou essa prática ignóbil.”*³¹²

A Constituição de 1988 representa um marco jurídico de transição democrática de institucionalização dos direitos humanos no Brasil. O seu art. 5º, § 2º expressa que os direitos e garantias por ela previstas “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República do Brasil seja parte.”

Pela interpretação do referido artigo, é possível afirmar que a Constituição Federal de 1988 inclui, no rol de direitos constitucionais protegidos, os direitos previstos nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Dessa forma, a

alegação era a fragilidade da postura brasileira de ratificar convenções de direitos e não ratificar os instrumentos capazes de monitorar o cumprimento de tais direitos.

³¹² O autor salienta o paradoxo do progresso institucional *versus* regresso social descrevendo a realidade de violações de direitos que ocorre no país: *“(...) Convivemos com a tortura nas delegacias, a superlotação das cadeias e presídios, a crescente violência nos centros urbanos, a violência no campo (com destaque para o Sul do Pará, o Paraná e Pernambuco), a violência policial, a extrema precariedade e insuficiência das instituições para internação de adolescentes infratores, entre outras violações de direitos civis. No entanto, no tocante aos direitos mais diretamente ligados ao Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais o atraso é ainda maior. Se o Brasil até hoje não fez o relatório da ONU sobre o cumprimento do Pacto é porque o atual governo não tem um programa de implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais.”* MIRANDA. Op. cit.

natureza jurídica dos tratados internacionais recebe o *status* de norma constitucional.³¹³

Ainda que esses direitos não sejam enunciados sob a forma de normas constitucionais, mas sob a forma de tratados internacionais, a Carta Magna lhes confere o valor jurídico de *norma materialmente constitucional*,³¹⁴ já que integram o complexo de direitos fundamentais previstos pelo texto constitucional.³¹⁵

O Poder Judiciário passa a fazer sua parte no esforço conjunto dos poderes da União, para dotar de eficácia os direitos humanos convencionados nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil. Um exemplo que pode ilustrar o trabalho de alguns juizes na aplicação da já mencionada *hermenêutica evolutiva* evidencia-se no tratamento dado à prisão civil do depositário infiel após a ratificação da Convenção Americana (em 1992).

Para o Brasil, surge um problema de conflito de normas que vem sendo amplamente discutido pela doutrina. A Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil em 1992, contém um artigo que torna inadmissível a prisão civil por dívidas. “Art. 7º, VII: Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de

³¹³ Sendo assim, constituem *cláusula pétrea* e não podem ser suprimidos por meio de emenda à Constituição, nos termos do art. 60, § 4º, da Constituição de 1988. Entretanto, são suscetíveis de denúncia por parte do Estado.

³¹⁴ Conforme explica Canotilho, “*O conteúdo da Constituição varia de época para época e de país para país e, por isso, é tendencialmente correto afirmar que não há reserva de Constituição no sentido de que certas matérias têm necessariamente que ser incorporadas na constituição pelo Poder Constituinte. Registre-se, porém, que, historicamente (na experiência constitucional), foram consideradas matérias constitucionais, par excellence, a organização do poder político (informada pelo princípio de divisão de poderes) e o catálogo dos direitos, liberdades e garantias. Posteriormente, verificou-se o ‘esquecimento’ da matéria constitucional através da inserção de novos conteúdos, até então considerados de valor jurídico-constitucional irrelevante, de valor administrativo ou de natureza sub-constitucional (direitos econômicos, sociais e culturais, direitos de participação e dos trabalhadores e constituição econômica).*” CANOTILHO, J. Gomes. *Direito constitucional*. 6ª ed., Coimbra: Medina, 1993, p. 68.

³¹⁵ MOURÃO, Priscila de Paula. “Depositário”. *Revista Consulex*, Ano III, nº 26, fevereiro/1999.

inadimplemento de obrigação alimentar.”³¹⁶ Por sua vez, a Constituição brasileira de 1988 determina, segundo o inciso LXVII do art. 5º, que não haverá prisão civil por dívidas, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

Como se vê, o Brasil ratificou uma norma frontalmente contrária à essência da Constituição Federal. Diante desse aparente conflito de normas, a solução apresentada pelo direito internacional determina a adoção do critério “lei posterior derroga lei anterior com ela incompatível.” Mas, considerando a natureza diferenciada do tratado que versa sobre direitos humanos, o critério que comumente vem sendo adotado é o da *primazia da norma mais favorável à vítima*.

O voto do juiz, Antônio Carlos Malheiros, do Primeiro Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo, na Apelação n.º 613.053-8, é esclarecedor para justificar a aplicação do princípio *pro vítima* nos casos que envolvam a prisão do depositário infiel. O juiz argumenta que: “(...) *Os princípios emanados dos tratados internacionais, a que o Brasil tenha ratificado, equivalem-se às próprias normas constitucionais (...)*” e decide dizendo que “(...) *atendendo-se ao critério da norma mais favorável à vítima, conclui-se que merece ser extirpado da ordem jurídica nacional o cabimento da possibilidade de prisão do depositário infiel e do alienante fiduciário após a ratificação do Pacto de San José.*”

Apesar da certeza pela qual o juiz nutre suas razões, essa não é a posição do Supremo Tribunal Federal. Em razão do Decreto-lei n.º 911/69,³¹⁷ que institui a legalidade da prisão civil do depositário infiel, o STF não permite que uma norma de

³¹⁶ O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, também ratificado pelo Brasil no ano de 1992, prevê, no seu art. 11, que “ninguém será preso somente pelo fato de não poder cumprir uma obrigação contratual.”

caráter geral (como é o caso da Convenção Americana de Direitos Humanos) derroque uma lei anterior que, em relação a ela, seja *especial*.

Esse é o posicionamento do Ministro Celso de Mello, que despacha da seguinte forma:

A circunstância de o Brasil haver aderido ao Pacto de San José da Costa Rica – cuja posição, no plano da hierarquia das fontes jurídicas, situa-se no mesmo nível de eficácia e autoridade das leis ordinárias internas – não impede que o Congresso Nacional em tema de prisão civil por dívida, aprove legislação comum instituidora desse meio excepcional de coerção processual destinado a compelir o devedor a executar obrigação que lhe foi imposta pelo ordenamento positivo, nos casos expressamente autorizados pela própria Constituição da República.

Os tratados internacionais não podem transgredir a normatividade emergente da Constituição, pois além de não disporem de autoridade para restringir a eficácia jurídica das cláusulas constitucionais, não possuem força para conter ou para delimitar a esfera de abrangência normativa dos preceitos inscritos no texto da Lei Fundamental.

(...)

Parece-me irrecusável, no exame da questão concernente à primazia das normas de direito internacional público sobre a legislação interna ou doméstica do Estado brasileiro, que não cabe atribuir, por efeito do que prescreve o art. 5º, § 2º, da Carta Política, um inexistente grau hierárquico das convenções internacionais sobre o direito positivo interno vigente no Brasil, especialmente sobre as prescrições fundadas em texto constitucional, sob pena de essa interpretação inviabilizar, com manifesta ofensa à supremacia da Constituição – que expressamente autoriza a instituição da prisão civil por dívida em duas hipóteses extraordinárias (CF, art. 5º, LXVII) – o próprio exercício, pelo Congresso Nacional, de sua típica atividade político-jurídica consistente no desempenho da função de legislar.

A indiscutível supremacia da ordem constitucional brasileira sobre os tratados internacionais, além de traduzir um imperativo que decorre de nossa própria Constituição (art. 102, III, b), reflete o sistema que, com algumas poucas exceções, tem prevalecido no plano do direito comparado, que considera inválida a convenção internacional que se oponha, ou que restrinja o conteúdo eficaz, ou ainda, que importe em alteração da Lei fundamental (Constituição da Nicarágua de 1987, art. 182; Constituição da Colômbia de 1991, art. 241, n.º 10; Constituição da Bulgária de 1991, art. 149, § 1º, n.º 4, v.g.)

(...)

Desse modo, não há como fazer abstração da Constituição para, com evidente desprestígio da normatividade que dela emana, conferir, sem razão jurídica, precedência

³¹⁷ Foi declarado constitucional, pelo Plenário do STF, no HC 72.131-RJ, em 23.11.1995.

*a uma convenção internacional.*³¹⁸

Como visto, a prevalência do Decreto-lei n.º 911/69 sobre o referido Pacto fundamenta-se no princípio da *especialidade* das leis no sistema jurídico constitucional, por ser a Convenção Americana norma *geral*, incapaz de derrogar uma lei *especial*.

Utilizando esse mesmo raciocínio, parte da doutrina, que não se conforma com a orientação do Supremo, passa a fundamentar que, sendo a Convenção Americana de Direitos Humanos norma de caráter *geral*, capaz de revogar normas de caráter também geral, é possível interpretar que o disposto no art. 1.287 do Código Civil e o disposto nos arts. 902, § 1 e 904 do Código de Processo Civil podem ser derogados porque são leis de caráter “geral”.³¹⁹

Tanto na justificativa do Ministro Celso de Mello, como no o posicionamento do Ministro Francisco Rezek, para quem “*é corrente que se preserve a autoridade da lei fundamental do Estado, ainda que isto signifique a prática de um ilícito pelo qual, no plano externo, deve aquele responder*”³²⁰, não há qualquer ponderação sobre os objetivos da Convenção Americana (o fim último de proteção do ser humano).

Como já mencionado, parte da doutrina e alguns juízes já estão trabalhando de forma mais aberta e otimista com relação aos direitos humanos. Conforme afirma

³¹⁸ HC 77.631-5/SC, Publicado no DJU 158-E, de 19.08.1998, Seção I, § 35.

³¹⁹ Para um estudo mais aprofundado ver RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sergio. “Prisão civil do depositário infiel em face da derrogação do art. 1.287 do Código Civil pelo Pacto de San Jose da Costa Rica”. *Revista dos Tribunais* -756 de outubro de 1998, pp.37-52 e MAZZUOLI, Valério de O.; RAMOS, Nydia M.B. “Ilegalidade da prisão civil do devedor-fiduciante face a derrogação do art. 1.287 do Código Civil pelo Pacto de San Jose da Costa Rica”. *Revista da Instituição Toledo de Ensino*, 2001, pp.287-347.

³²⁰ REZSEK, Francisco. *Direito internacional publico: curso elementar*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p.104.

Pedro Dallari:

(...) a prevalência dos direitos humanos, enquanto princípio norteador das relações exteriores do Brasil e fundamento colimado pelo país para a regência da ordem internacional não implica tão-somente o engajamento no processo de edificação de sistemas de normas vinculadas ao Direito internacional público. Impõe-se buscar a plena integração das regras de tais sistemas à ordem jurídica interna de cada Estado, o que ressalta a importância do já mencionado § 2º do artigo 5º da Constituição brasileira de 1988, que dá plena vigência aos direitos e garantias decorrentes 'dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte'.³²¹

A superação do problema da exigibilidade de direitos econômicos, sociais e culturais constitui-se em uma das principais limitações na proteção de direitos no âmbito internacional, em razão da resistência dos Estados em permitir que normas internacionais limitem seu poder sobre as políticas internas e os rumos econômicos e sociais dentro de sua jurisdição.

As possibilidades de superação desse limite serão enfrentadas na seção seguinte.

11 Exigibilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais

Os instrumentos que estabelecem direitos econômicos, sociais e culturais são comumente considerados documentos de caráter político, motivo pelo qual não acarretariam obrigações jurídicas aos Estados. Essa visão também considera que somente os direitos civis e políticos apresentam-se como passíveis de serem exigidos judicialmente.

Utilizam-se vários argumentos para alegar a impossibilidade de se alcançar

a exigibilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais. Considerando que tais direitos atendem a toda a coletividade, alega-se, como principais motivos os seguintes: 1) que o Poder Judiciário é o menos adequado para realizar políticas de planificação pública; 2) que o marco de um caso judicial mostra-se pouco apropriado para se discutirem medidas de alcance geral; 3) que a discussão processual gera problemas de desigualdade para pessoas afetadas pelo mesmo descumprimento, mas que não participam do processo; 4) que o poder judiciário carece de meios compulsórios para uma execução forçada de uma suposta sentença que condene o Estado a cumprir com a prestação; 5) que a substituição de medidas gerais por decisões *ad hoc* efetuadas pelo juiz do caso particular pode resultar em fontes indesejáveis de desigualdade.³²²

Mas o principal argumento reside na natureza dessas duas categorias de direito: baseia-se no suposto caráter de que os direitos civis e políticos resultam de obrigações negativas por parte do Estado, e os direitos econômicos, sociais e culturais implicam o nascimento de obrigações positivas, que, na maioria dos casos, devem ser cumpridas com recursos do erário público.^{323 324} De acordo com esse argumento, as prestações negativas se esgotariam em um “não fazer” por parte do Estado e as prestações positivas, em um “fazer”, exigindo mobilização de recursos estatais.

Esse raciocínio levaria a outra distinção: obrigações de resultado e

³²¹ DALLARI, Pedro. *Constituição e relações exteriores*. São Paulo, Saraiva, 1994, p. 162.

³²² Reconhece-se que a implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais depende, em grande parte, de atividades de planificação, planejamento econômico e programas de responsabilidade dos poderes políticos, sendo muito limitados os casos em que o Poder Judiciário pode suprir as deficiências; todavia, ainda que limitados, podem gerar resultados positivos.

³²³ HAYEK, F. *Law, legislation and liberty*. Londres, 1976, vol. 2, cap. 9.

³²⁴ Outro argumento a que normalmente se recorre é o de que o atendimento de uma demanda individual a respeito dos direitos econômicos e sociais destoaria da situação de descumprimento do resto dos casos idênticos que não foram ajuizados.

obrigações de conduta.³²⁵ Nas primeiras, relativas aos direitos civis e políticos, a responsabilidade do Estado emanaria de resultados, e a violação só dependeria do Estado; nas obrigações de conduta ou de comportamento, sua violação não depende somente da instauração de uma ordem jurídica ou de uma mera decisão política dos órgãos governamentais, e, sim, da conquista de uma ordem social em que impere a justa distribuição dos bens, o que só poderia ser alcançado progressivamente.

Para Abramovich e Curtis, tais distinções baseiam-se em uma visão “naturalista” do papel e funcionamento do aparato estatal, que coincide com a visão de Estado mínimo. Mesmo em direitos nos quais as “prestações negativas” mostram-se visíveis e facilmente caracterizáveis (direitos que exigem abstenção estatal diante da esfera privada), surge como contraprestação a necessidade de garantia de segurança, defesa e justiça por parte do Estado.³²⁶

A estrutura dos direitos civis e políticos pode ser caracterizada como um complexo de obrigações negativas e positivas por parte do Estado: obrigações de abster-se de atuar em certos âmbitos e de realizar uma série de funções para garantir o gozo da autonomia individual.

A partir dessa perspectiva, as diferenças entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais são mais diferenças de grau que diferenças substanciais.³²⁷ Ainda que os direitos econômicos, sociais e culturais possuam uma

³²⁵ NIKKEN, P. “El concepto de derechos humanos”, en *Estudios Básicos de Derechos Humanos I*. San José, 1994.

³²⁶ Boaventura salienta que até mesmo Adam Smith reconhecia a necessidade de manutenção das instituições políticas, jurídicas, de segurança e defesa para o efetivo exercício das liberdades individuais. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Estado, derecho y luchas sociales*. Bogotá, 1991, pp. 175-8.

³²⁷ CONTRERAS PELÁEZ. *Derechos sociales: teoría e ideología*. Madrid, 1994, p. 21. Para esse autor, não existem obrigações negativas puras. Ele admite diferenças de grau de relevância entre uma e outra categoria de direitos.

faceta mais visível nos “direitos de prestação”, também implicam em deveres de abstenção estatal. Por exemplo, o direito à saúde implica a obrigação estatal de não prejudicar a saúde. O direito à educação pressupõe o dever de não piorar as condições de educação. O direito de alimentação implica o de não agravar o estado de desnutrição e miséria.

Alguns direitos de “autonomia”, como também são conhecidos os direitos civis e políticos, têm variado de tal modo que adquirem uma caracterização social. Um exemplo bastante discutido tem sido a “função social da propriedade” (perda do caráter absoluto do direito de propriedade).³²⁸ De outro lado, alguns direitos sociais, como o direito de sindicalização e de greve, também exigem abstenções por parte do Estado para poderem se realizar.

Cançado Trindade também considera equivocada a separação estanque entre direitos de prestação positiva e direitos negativos ou de abstenção por parte do Estado. Para ele, assim como existem direitos civis e políticos que requerem “ação positiva” do Estado (assistência judiciária como garantia do devido processo legal), igualmente existem direitos econômicos, sociais e culturais ligados à garantia do exercício de medidas de liberdade (como o direito à greve e liberdade sindical).³²⁹

Clèmerson Merlin Clève opina no mesmo sentido:

A ação do Estado no domínio das liberdades é também positiva: ele promulga a lei, define o regime jurídico de cada liberdade, controla o seu exercício (através da administração e da jurisdição), sanciona sua violação, etc. No caso dos direitos de crédito, a essas colocações soma-se instituição de mecanismos, sem os quais tais

³²⁸ A Convenção Americana sobre Direitos Humanos institui no art. 21 que “I. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social. II. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei.”

³²⁹ TRINDADE. A.A. Cançado. *Tratado de direito internacional* ...Op. cit., p. 358.

*créditos restariam mera expectativa.*³³⁰

Para Abramovich e Curtis, a inserção de um direito em um ou outro catálogo (de direitos civis e políticos ou direitos econômicos, sociais e culturais) reveste-se de um valor heurístico, ordenatório, classificatório, mas não de uma conceitualização rigorosa que permitiria identificar um *continuum* de direitos.³³¹

Alguns autores identificam outras obrigações, além da ação/fazer ou omissão/não fazer tradicionais. Definem obrigações de respeito, de proteção, de garantia e de promoção do direito em questão.³³² Alguns exemplos: o direito à liberdade de expressão não requer somente o cumprimento da proibição de censura, mas exige também a obrigação de criar condições favoráveis ao exercício de liberdade de manifestar-se. Uma das formas poderia ser a proteção policial. O direito à alimentação adequada implica que o Estado não exproprie as terras daquelas pessoas para as quais o acesso a esse recurso seja a única ou principal forma de assegurar sua alimentação. Implica ainda o dever de esgotar o máximo de recursos disponíveis para satisfazer essa necessidade básica e isso inclui novas formas de aquisição de recursos (ajuda e cooperação internacional) ou a implementação de reformas internas (como a reforma agrária para melhorar a distribuição de bens e alimentos). O direito à vida, habitualmente classificado no rol de direitos civis e políticos, exige ações de proteção,

³³⁰ CLÈVE. Op. cit., p. 126.

³³¹ Ressalva, no entanto, que certos direitos, como a liberdade de consciência, na categoria de direito civil e político, e o direito à habitação, na categoria de direito econômico e social, contém distinções fragrantas. Mas entre esses dois pólos, existe um espaço em que as obrigações positivas e negativas que derivam dos direitos ali existentes se apresentam em proporções diversas. ABRAMOVICH, Victor, COURTIS, Christian. *Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales*. Mimeografado, pp. 8-9.

³³² VAN HOFF, G. *The legal nature of economic, social and cultural rights: a rebuttal of some traditional views*. Utrecht, 1984, p. 99. Apud ABRAMOVICH e CURTIS. Op. cit., p. 8. Na mesma linha, ALEXY, R. *VER CITA LIVRO*, pp. 419-501, que advoga uma concepção ampla de obrigações positivas do Estado, incluindo direitos de proteção, direitos à organização (subdivididos em direitos de organização em matéria de

promoção e segurança, como investigação das práticas estatais atentatórias a esse direito, o julgamento e condenação dos agentes responsáveis, a indenização de vítimas, implementação de programas de formação de forças policiais, programas de educação de direitos humanos, etc.

Calcula-se, geralmente, a exigibilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais, tomando-se como parâmetro, a “condicionante econômica”, ou seja, restrita à disponibilidade de recursos por parte do Estado. Tal consideração mostra-se simplista, e, como visto pelos exemplos acima, não é verdadeira. As obrigações positivas não se esgotam em obrigações que consistam unicamente em disponibilidades de reservas econômicas. Conforme ensinam Abramovich e Curtis, o Estado pode assegurar a satisfação de um direito de outras formas: a) Estabelecendo algum tipo de regulamentação: prevendo uma norma que conceda relevância a uma situação determinada e, em decorrência, conseqüências jurídicas. Exemplo: o direito à proteção da família supõe a existência de um conjunto de normas que atribua ao grupo familiar uma característica que o diferencie dos demais grupos; b) Limitando ou restringindo as faculdades das pessoas privadas, ou impondo obrigações a elas. Exemplo: o estabelecimento de norma que institua a igualdade das condições salariais e de trabalho e sua obrigatória observação pelas empresas; c) Fornecendo serviços à população: Exemplo: organizando o serviço público através do bom funcionamento dos tribunais, proporcionando o bom funcionamento da defensoria pública, organizando o sistema educativo público.

Tudo isso leva à conclusão de que é falsa a idéia de que os direitos econômicos, sociais e culturais não são passíveis de serem exigidos judicialmente.

competências de direito privado, procedimentos judiciais e administrativos, direito à organização em sentido

Cada tipo de obrigação oferece um leque possibilidades de ação, que vão desde a denúncia de não-cumprimento de obrigações negativas, passando por diversas formas de controle do cumprimento dessas obrigações negativas, até chegar ao cumprimento das obrigações positivas.

Para Abramovich e Curtis, o reconhecimento universal dos direitos econômicos, sociais e culturais como sendo autênticos direitos não será alcançado até que seja superado o obstáculo que impede a sua exigibilidade judicial.

Conforme afirma Luigi Ferrajoli:

(...) el segundo principio garantista de caracter general es de jurisdiccionalidad: para que las lesiones de los derechos fundamentales, tanto liberales como sociales, sean sancionadas e eliminadas, es necesario que tales derechos sean todos justiciables, es decir, accionables en juicio frente a los sujetos responsables de su violación, sea por comisión o por omisión.³³³

Como já dito, geralmente alega-se que tais direitos não são acionáveis em razão de sua natureza. Mas a própria falta de uma prática institucional na interpretação desses textos evidencia-se como um dos motivos que tornam a exigibilidade dubitável.

A maioria das objeções à exigência judicial desses direitos apresenta-se como circulares e baseadas em raciocínios processuais tradicionais. Contudo, uma nova interpretação, que considere o pressuposto da indivisibilidade dos direitos humanos, pode levar a outros resultados. Conforme ensinam Abramovich e Curtis, é preciso imaginar instrumentos processuais para levar a cabo tais reclamos.

Um dos princípios essenciais previstos no pacto de direitos econômicos,

estrito e direito à participação da vontade estatal), e ao procedimento e direitos a prestação em sentido estrito.

sociais e culturais destaca a *obrigação estatal de não haver discriminação no exercício desses direitos*. Essa obrigação negativa abre um amplo caminho para a exigibilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Tornam-se viáveis ações judiciais que reclamem, apoiados na existência de discriminação, aqueles direitos econômicos, sociais e culturais concedidos a uma parcela da população. A violação de uma obrigação negativa (por exemplo, o dever de não discriminar) pode gerar a responsabilidade por uma ação positiva (o dever de respeitar os direitos pleiteados).

É difícil imaginar situações em que o Estado descumpra totalmente as obrigações positivas vinculadas a direitos econômicos, sociais e culturais. Os direitos à saúde, à alimentação, à moradia e à educação estão cumpridos em parte. Uma vez que são, em parte, cumpridas, surge a possibilidade de que sejam estendidas a outras partes, alegando a discriminação de partes inteiras da população.

Na linha ditada pela interpretação progressista ou dinâmica discutida anteriormente, uma argumentação habilidosa, que caracterize o entrelaçado de obrigações positivas e negativas, pode resultar em demandas que julguem o descumprimento de direitos econômicos, sociais e culturais.³³⁴

Essa visão integrada dos direitos tem trazido alguns resultados positivos para a jurisprudência das Nações Unidas e para os sistemas regionais de proteção de

³³³ O primeiro princípio do garantismo é o da *legalidade*. FERRAJOLI, L. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 1995, p. 917.

³³⁴ Abramovich salienta que um grande número de decisões judiciais individuais poderia significar um sinal de alerta para uma situação de descumprimento generalizado e, ainda que uma sentença não possa ser executada pela alegação de falta de provisão de fundos por parte dos poderes políticos, cabe destacar o valor de uma ação judicial na qual o poder judiciário declare que o Estado está em mora com a obrigação de cumprir direitos

direitos humanos.

O Comitê de Direitos Humanos da ONU, exercendo sua função consultiva, ao interpretar o direito à vida e as obrigações do Estado para garantir tal direito, concluiu que

*El Comité ha notado que el derecho a la vida ha sido usualmente interpretado de modo restrictivo. La expresión 'derecho a la vida inherente a la persona' no puede ser entendida de una manera restrictiva, y la protección de ese derecho requiere que el Estado adopte medidas positivas. En relación a ello, el Comité considera que sería deseable que los Estados Parte adopten todas las medidas posibles para reducir la mortalidad infantil e incrementar las expectativas de vida, especialmente procurando eliminar la desnutrición y las epidemias.*³³⁵

Outro exemplo é o já mencionado caso *Arey vs. Irlanda*,³³⁶ em que a reclamante (Sra. Arey) invocava a aplicação do art. 6.1 do Convênio Europeu que consagra o direito de acesso efetivo aos Tribunais para demandar contra seu marido em ação de separação judicial. Tal demanda exigiu a presença de advogados, cujos honorários eram excessivos para a reclamante. O Tribunal Europeu entendeu que era obrigação do Estado assegurar o direito a um efetivo acesso aos Tribunais mediante assistência jurídica gratuita em matéria civil.

Outra forma de demandar os direitos econômicos, sociais e culturais, conforme a mencionada lição de Abramovich e Curtis, processa-se por meio do direito de não ser discriminado. Quando um determinado direito social ou econômico é atendido em certa medida em benefício de algumas pessoas, é possível a realização de juízos de comparação entre a situação dos beneficiados e daqueles que ainda não o

econômicos, sociais e culturais. Tais sentenças podem constituir um importante veículo para a demonstração da necessidade de uma agenda pública que atenda tais direitos. CITAR DIREITO (p. 22)

³³⁵ Observación General n.6, *Report of The Human Rights Committee. Official Records of The General Assembly. 37 th Sessão, Supplement n. 40 (A 39/40), 1982.*

são, analisando a legalidade e a razoabilidade dos fatores de diferenciação utilizados pelo Estado quando atendeu seletivamente tais direitos.

Essa medida tem amparo no art. 2, inciso primeiro, do Pacto Internacional de Direitos Sociais e Culturais, que estabelece a obrigação estatal de não haver discriminação no exercício desses direitos, e com base no art. 26 do mesmo Pacto, que estabelece o direito de toda pessoa a que o Estado proíba por lei toda discriminação e garanta igual e efetiva proteção contra qualquer discriminação por motivo de raça, sexo, cor, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra índole, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. O art. 1º da Convenção Americana exhibe a mesma redação.³³⁷

A relevância desses artigos como uma via possível para a exigibilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais surge a partir da seguinte afirmação do Comitê de Direitos Humanos:

Aunque el art. 26 requiere que la legislación prohíba la discriminación, no contiene ninguna obligación respecto de las materias que deben ser reguladas por esa legislación. No requiere por ejemplo a ningún Estado sancionar legislación para proveer un seguro social. Sin embargo, cuando esa legislación resulta sancionada en el ejercicio del poder soberano del estado, dicha legislación debe cumplir con el art. 26 del Pacto.³³⁸

Uma terceira forma de tornar os direitos econômicos, sociais e culturais exigíveis judicialmente ocorreria mediante a garantia do devido processo. Tal garantia encontra-se prevista no art. 6.1. do CEDH, e várias causas perante o Tribunal Europeu

³³⁶ Caso *Arey vs. Irlanda* del 9/10/1979 (Pub. TEDH, Serie A, n. 32).

³³⁷ Art. 1º da Convenção Americana de Direitos Humanos: "Os Estados-Partes nessa Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social."

já reconheceram esse direito, mesmo quando a demanda versava sobre direitos econômicos, sociais e culturais. No caso *Deumeland*,³³⁹ o autor alega que o Estado alemão violou o devido processo porque não deu solução ao litígio que se arrastou na justiça durante onze anos consecutivos. No caso, o autor dá continuidade, como herdeiro, a um trâmite iniciado por sua mãe para a percepção de uma pensão complementar por viuvez. O esposo havia morrido em um acidente de trabalho, motivo pelo qual o direito em discussão era de natureza pessoal, patrimonial e subjetivo (que muito se aproximava do direito civil). Apesar disso, o TEDH entendeu que a causa estava vinculada à condição de trabalhador do marido e decidiu que a natureza da obrigação era pública e que o Estado havia violado uma norma por não ter atendido em tempo hábil o direito de pensão.

Após outros casos semelhantes,³⁴⁰ o Tribunal Europeu avançou na proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais, ampliando o alcance do art. 6.1. aos seguros sociais, incluindo assistência social, entendendo que tais matérias versam sobre direitos de natureza pública.

No sistema interamericano, a previsão de garantia do devido processo está assegurada no art. 8º da Convenção Americana e é aplicável em qualquer processo em que se determinem obrigações de ordem civil, trabalhista, fiscal, ou de qualquer outra índole, sendo ainda mais rigoroso que a regra no art. 6.1. da CEDH. Apesar disso, até o momento presente não existem precedentes na Corte Interamericana de causas que tenham utilizado a garantia do devido processo para requerer direitos econômicos, sociais e culturais.

³³⁸ Caso *Zwaan de Vries*, par. 12.4.

³³⁹ Caso *Deumeland* de 29/5/1986 (pub. TEDH, Serie A, n.º 100).

Há um caso, entretanto, julgado em fevereiro de 2001, que parece ser o primeiro a conceder algumas garantias sociais e econômicas de forma indireta no sistema americano. Trata-se do Caso *Baena Ricardo e outros vs Panamá*.³⁴¹ A Coordenação do Sindicato das Empresas Estatais do Panamá decretou greve de 24 horas e uma marcha de protesto. O Estado panamenho considerou a ação sindical uma “participação cúmplice” com a finalidade de derrubar o “governo constitucionalmente eleito” e iniciou um processo de despedidas massissas, sem autorização da Assembléia Legislativa, atingindo 270 trabalhadores que haviam participado da marcha de protesto. Para atribuir caráter legal ao ato governamental, a Assembléia aprovou um projeto de lei segundo o qual “*se adoptan medidas tendientes a proteger la democracia y el orden jurídico constitucional en las entidades gubernamentales*”, com caráter retroativo a dezembro de 1990 (a marcha ocorreu em 5 de dezembro do mesmo ano). A Corte sentenciou condenando o Estado panamenho a reintegrar os empregados despedidos, restituindo os salários atrasados e demais benefícios a que teriam direito, além de uma justa indenização pelos danos causados pela despedida arbitrária e injustificada de que foram vítimas.

Por fim, outro caso decidido pelo Tribunal Europeu abre um precedente de mais uma forma possível de pleitear os direitos econômicos, sociais e culturais perante a justiça, seja nacional ou internacional. Trata-se do limite ao exercício dos direitos civis em nome do exercício dos direitos econômicos, sociais e culturais.

³⁴⁰ Caso *Feldbrugge vs. Holanda* de 29/05/86; Caso *Selesi vs. Itália* de 26/02/93; Caso *Schuker-Zraggen vs. Suíça* de 24/06/93.

³⁴¹ A demanda chegou à Corte Interamericana em 16 de janeiro de 1998 teve origem da denúncia número 11.325, recebida na Secretaria da Comissão em 22 de fevereiro de 1994. Caso *Baena Ricardo e Outros vs. Panamá*. fevereiro de 2001. Corte Interamericana de Direitos Humanos (Série C, n.º 61).

No complexo caso *James e outros versus Reino Unido*,³⁴² o Tribunal Europeu deu razão aos demandantes administradores fiduciários de uma grande propriedade. Tal propriedade foi transformada em uma das melhores zonas residenciais de Londres e, por meio de uma Lei de 1967, os arrendatários que residiam havia mais de vinte e um anos nessas casas adquiriam a propriedade mediante compra e venda obrigatória para o vendedor. O Tribunal sustentou a respeito que:

La ley de 1967 pretendía corregir la injusticia que sufrían los arrendatarios ocupantes, según se creía, por la aplicación del sistema de contratos a largo plazo. Se proponía modificar la legislación vigente a la sazón, considerada injusta con dichos arrendatarios y hacer efectivo lo que se llamaba su "título moral sobre la propiedad de sus casas. Suprimir lo que se considera una injusticia social es una de las tareas propias de un legislador democrático. (...) El margen discrecional es bastante amplio para abarcar una legislación que garantice en esta materia una mayor justicia social, incluso cuando dicha legislación se inmiscuye en las relaciones contractuales entre personas privadas y no favorece directamente ni al Estado ni a la sociedad como tal.

Como visto, as conquistas com relação aos direitos econômicos sociais e culturais ainda ocorrem lentamente; tímidos avanços geralmente resultado do esforço interpretativo dos representantes das vítimas ou dos juizes da causa. Sentenças como essa última, relativa ao Caso *James vs. Reino Unido*, alimentam a esperança de que a esfera internacional poderia vir a cumprir a função de efetiva proteção dos direitos humanos de todos os povos e indivíduos, mas os casos analisados também denunciam limites. Os casos julgados são escassos. Como visto, no sistema americano apenas um caso chegou a tratar de alguns direitos de natureza social e econômica.

No capítulo seguinte, serão abordadas algumas das razões para os limites identificados na dinâmica do funcionamento do sistema americano de proteção de direitos humanos.

³⁴² A grande propriedade era herança do Duque de Weiminster. Caso *James e outros vs. Reino Unido* de 21/02/86 (Pub. TEDH, Serie A, n.º 98).

CAPÍTULO QUARTO – ENFRENTANDO O PARADOXO FUNDAMENTAL DOS DIREITOS HUMANOS

1 A Limitação Fundamental

Reconhece-se que o sistema americano de proteção dos direitos humanos vem apresentando avanços normativos em diferentes aspectos, recorrendo tanto à reforma normativa de alguns dispositivos quanto à hermenêutica evolutiva. Até mesmo os direitos econômicos, sociais e culturais vêm, aos poucos, recebendo, ainda que indiretamente,³⁴³ tratamento mais efetivo por parte dos organismos internacionais que investigam as denúncias de violação de direitos. Grande parte das limitações procedimentais que ainda existem no sistema americano já foram superadas no sistema europeu, evidenciando procedimentos cada vez mais tendentes à uniformização.

Mas, por maiores que sejam os esforços, as conquistas não têm sido capazes de ultrapassar o volume de questões que envolvem violações de direitos. O paradoxo que se estabelece entre a suposta progressividade do aparato internacional de proteção de direitos humanos ao mesmo tempo em que se multiplicam as vítimas de violação de direitos impede que se possa admitir com segurança a progressividade do sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

Também não é possível afirmar com segurança que ocorra uma conscientização mundial acerca da importância de se respeitarem os direitos humanos. O que, sim, pode ser afirmado é que cada vez mais se difunde o suposto consenso da

³⁴³ Indiretamente porque os casos decididos pela Corte que estabeleceram algum direito social ou econômico tinham como objeto um direito civil ou político.

universalização dos direitos humanos. Cada vez mais os princípios que sedimentam a base do conceito de direitos humanos definidos pelo sistema universal – democracia e desenvolvimento – são difundidos por todo o planeta mediante convenções internacionais, fóruns, congressos, acordos bilaterais, multilaterais, documentos, além do *marketing* interno ditado pelos governos à sociedade.³⁴⁴

O discurso universal encontra-se presente nos mais diversos meios de comunicação em todos os países, e os porta-vozes são governantes, diplomatas, membros de organizações internacionais das mais distintas áreas de atuação,³⁴⁵ teóricos, especialistas, além da sociedade civil, seja de forma organizada (por meio de associações, organizações não-governamentais, ativistas pertencentes a grupos específicos, etc.), seja pelo senso comum.³⁴⁶

Para entender o paradoxo que a análise do sistema americano de proteção dos direitos humanos apresenta, basta perceber – desconsiderando as potencialidades futuras de tal sistema, ou seja, em que medida ele poderá ser eficaz no futuro – os resultados alcançados em quase meio século de sua existência. Quantas demandas, desde que a Corte passou a existir (junho de 1978), chegaram a condenar um Estado

³⁴⁴ Sem contar as inúmeras teorias – teoria da democracia, da cidadania, dos direitos humanos, do desenvolvimento – que são elaboradas a partir desses conceitos e que reforçam seus fundamentos.

³⁴⁵ Incluindo aqui também as organizações econômico-financeiras, como FMI e Banco Mundial, que freqüentemente elaboram relatórios divulgando dados sobre a violação de direitos econômicos, sociais e culturais.

³⁴⁶ Milton Santos demonstra a manipulação ideológica do discurso dominante que trata da sociedade em geral: “A chamada nação ativa, isto é, aquela que comparece eficazmente na contabilidade nacional e na contabilidade internacional, tem seu modelo conduzido pelas burguesias internacionais e pelas burguesias nacionais associadas. É verdade, também, que o seu discurso globalizado, para ter eficácia local, necessita de um sotaque doméstico e por isso estimula um pensamento nacional associado produzido por mentes cativas, subvencionadas ou não. A nação chamada ativa alimenta sua ação com a prevalência de um sistema ideológico que define as idéias de prosperidade e de riqueza e, paralelamente, a produção da conformidade. A “nação ativa” aparece como fluida, veloz, externamente articulada, internamente desarticuladora, entrópica. Será ela dinâmica? Como essa idéia é muito difundida, cabe lembrar que velocidade não supõe dinamismo. Esse movimento não é próprio, mas atribuído, tomado emprestado a um motor externo; ele não é genuíno, não tem

por violação de direitos humanos³⁴⁷ ? Qual a proporção de denúncias que chega até a Corte considerando o número recebido pela Comissão? Qual a proporção de violações que chega à Comissão considerando o número diário de casos de violação de direitos humanos que ocorre no continente americano? É possível falar-se em reconhecimento da capacidade processual do indivíduo perante os tribunais internacionais citando cinco ou dez casos precedentes?

E ainda: por que os tribunais internacionais não são competentes para analisar demandas que versem a respeito de direitos econômicos, sociais e culturais?³⁴⁸

A realidade aponta em sentido inverso. É mais fácil concluir que a existência desse e de outros sistemas internacionais de proteção de direitos humanos é uma ficção para a esmagadora maioria da população mundial. Muitos seres humanos não têm consciência nem mesmo de que possuem algum direito.

O quadro de violações mostra-se assustador. As nações do mundo gastam, a cada minuto, cerca de dois bilhões de dólares em armamentos. A cada hora morrem

finalidade, é desprovido de teleologia. Trata-se de uma agitação cega, um projeto equivocado, um dinamismo do diabo.” SANTOS, M. *Por uma outra globalização*”. São Paulo: Record, 2000.

³⁴⁷ Até julho de 2001, a Corte Interamericana recebeu vinte e cinco casos e se pronunciou-se aproximadamente setenta vezes, entre resoluções e sentenças. São eles: Caso Velásquez Rodríguez, Caso Godínez Cruz, Caso Fairén Garbí y Solís Corrales, Caso Cayara, Caso Aloeboetoe y otros, Caso Gangaram Panday, Caso Maqueda, Caso El Amparo, Caso Neira Alegria y Otros, Caso Caballero Delgado y Santana, Caso Garrido y Baigorria, Caso Genie Lacayo, Caso Loayza Tamayo, Caso Castillo Páez, Caso Paniagua Morales y otros, Caso Blake, Caso Suárez Rosero, Caso Benavides Cevallos, Caso Villagrán Morales y otros, Caso Bámaca Velásquez, Caso Cantoral Benavides, Caso Durand y Ugarte, Caso Castillo Petruzzi y Otros, Caso Cesti Hurtado, Caso Baena Ricardo y otros.

³⁴⁸ Esse é o *limite* fundamental na proteção internacional dos direitos humanos. Lembre-se o exemplo retratado no capítulo primeiro a respeito do direito ao desenvolvimento. A situação dos direitos econômicos, sociais e culturais apresenta-se como a mais dramática dentre as quais se relacionam com o direito internacional dos direitos humanos. Não há um protocolo adicional ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais semelhante ao que existe no Protocolo de Direitos Cíveis e Políticos. O Protocolo de San Salvador, que trata de tais direitos no âmbito da OEA, só foi aprovado em 1989. Apenas em um caso, *Baena Ricardo e outros*, a Corte Interamericana sentenciou, indiretamente, alguns direitos econômicos e sociais, pois a demanda estava baseada em violação de direitos cíveis e políticos. No Tribunal Europeu, alguns casos, como visto no capítulo anterior, estabeleceram direitos econômicos e sociais, mas também de forma indireta. Em realidade, a separação entre esses grupos de direitos permanece existindo.

1.500 crianças por desnutrição. A cada dia uma espécie animal é extinta. A cada semana milhares de pessoas são presas, torturadas, assassinadas ou forçadas a emigrar. A cada mês, a dívida externa acumulada dos países subdesenvolvidos aumenta em oito bilhões de dólares. A cada ano é destruída uma área de selva tropical que equivale aproximadamente à extensão da Coréia. A população mundial cresce a um ritmo de noventa milhões de pessoas por ano, podendo dobrar nos próximos cinquenta anos.³⁴⁹

E por que, apesar de tantas contradições, intelectuais em todo o mundo continuam afirmando a inegável conscientização da humanidade em torno dos direitos humanos? Essa resposta não é fácil de ser encontrada. É difícil de ser respondida porque o raciocínio tende a buscar os pressupostos que fundamentam exatamente o suposto consenso do progresso da humanidade.

Democracia, cidadania, desenvolvimento e progresso são conceitos estruturados a partir dos pressupostos da acumulação econômica. Vários autores compartilham essa compreensão em diferentes áreas do pensamento.

1) No campo da filosofia, Franz Hinkelammert afirma que, ao contrário do que comumente dizem os críticos, o mercado possui ética: a “*ética do bando de ladrões*”.³⁵⁰ Essa ética age em duas frentes principais: uma atuação formal, estabelecendo normas que condicionam o funcionamento do mercado, e outra material,

³⁴⁹ ZOLO. Op. cit., p. 18.

³⁵⁰ Hinkelammert diz que essa expressão é utilizada em outros momentos da história para descrever a lealdade dos colaboradores para com o déspota, o chefe do bando. O primeiro a falar da ética dos ladrões foi Platão. Hinkelammert reconhece o mesmo argumento no pensamento de Adam Smith, de Chuang-Tzu (filósofo taoísta que viveu 200 anos a. C.) e no reino de Deus nos evangelhos e na Cidade de Deus em Agostinho. Para ilustrar essa ética, o autor sugere o filme “O poderoso Chefão”, protagonizado por Marlon Brando. HINKELAMMERT.

alegando que a ordem de mercado é uma ordem de harmonia preestabelecida, resultado de uma auto-regulamentação do mercado, que realiza “automaticamente” o interesse geral.³⁵¹

Tal ética elege valores e conduz uma *racionalidade meio-fim* que subjuga todas as demais éticas em seu interior, tornando-se absoluta (“totalizante”). Os mecanismos que desenvolve para se auto-regular são sofisticados e se escondem atrás de uma aparente naturalidade e autonomia.

Dentre os mecanismos de legitimação e auto-reprodução dessa ética está a *legalidade*. A legalidade viabiliza e legitima a violação do direito, a legalidade conduz ao crime (entendido como violação dos direitos humanos). O crime é produzido pelo atendimento à legalidade.³⁵²

A *ética do bando de ladrões* pode ser visualizada a todo momento em vários fenômenos sociais e em muitas ações pessoais da vida cotidiana. Os sujeitos são compelidos, enganados pela aparente inevitabilidade dessa ética de mercado absoluto e passam a cooperar, utilizando, para tal, o próprio argumento da inevitabilidade e da impossibilidade de outra ética.³⁵³

Mimenografado. Seminário: *Los derechos humanos frente a la globalidad del mundo*. Curso Doctorado Derechos Humanos y Desarrollo, de 5 a 9 de febrero de 2001, p. 19.

³⁵¹ Seguindo esse raciocínio, Franz Hinkelammert afirma que a ética de mercado se transforma em uma ética absoluta, ante a qual as normas são inapeláveis. O automatismo do mercado inverte o senso de responsabilidade do ser humano. O indivíduo passa a não mais ser responsável pelos efeitos indiretos de suas ações diretas porque o mecanismo de mercado contém tendências que transformam esses efeitos automaticamente em efeitos que promovem o interesse geral. Franz Hinkelammert afirma que essa é a ética da irresponsabilidade absoluta.

³⁵² Não significa que o autor seja contrário à legalidade. Trata-se de uma crítica à legalidade instrumental que leva a cabo os objetivos do mercado. Essa legalidade poderia, segundo o autor, sustentar outra ética dentre as infinitas existentes, como por exemplo a “ética do bem comum”.

³⁵³ No mesmo sentido, Milton Santos entende que: “*Dai a pesada onda de conformismo e inação que caracteriza nosso tempo, contaminando os jovens e, até mesmo, uma densa camada de intelectuais. É muito difundida a idéia segundo a qual o processo e a forma atuais da globalização seriam irreversíveis. Isso também tem relação com a força com a qual o fenômeno se revela e instala em todos os lugares e em todas as esferas da vida,*

Para Franz Hinkelammert, vive-se um momento histórico em que a ética de mercado enfrenta um paradoxo: não pode mais testar os limites do “*cálculo del aguentable*”³⁵⁴ porque tal situação conduziria ao suicídio do próprio sistema capitalista “mercado-cêntrico”.

2) No campo da economia, José Denis³⁵⁵ analisa a variação do conceito de desenvolvimento econômico ao longo das décadas de 50, 60/70, 80 e 90 e conclui que a lógica econômica não leva em conta os efeitos sociais nem os impactos na vida em sociedade. Denis identifica uma mudança nesse conceito a partir da década de 90, quando as Nações Unidas passam a se preocupar seriamente com algumas questões que sempre foram tratadas de modo superficial: a pobreza e a diferença de riqueza entre países.³⁵⁶

Essa análise coincide com a teoria de Hinkelammert a respeito da *ética do bando de ladrões*, pois que, de um momento a outro, os *ladrões* passam a preocupar-se com os efeitos indiretos indesejados e inevitáveis de suas próprias ações. Passam a elaborar modelos que permitam re-estruturar o sistema, a fim de equilibrá-lo para que

levando a pensar que não há alternativas para o presente estado de coisas.” SANTOS, M. *Por uma outra globalização*. São Paulo: Record, 2000.

³⁵⁴ Hinkelammert explica que esse cálculo é uma argumentação enganosa, que geralmente é feita nos seguintes termos: “*Hasta donde podemos seguir con la actual estrategia de acumulación de capital llamada globalización, sin que se colapse el sistema mismo o la propia naturaleza? Hasta donde podemos llevar la exclusión de la población antes de que se pierda la gobernabilidad del sistema? Hasta donde podemos llevar el calentamiento de la tierra antes de que las catástrofes naturales alcancen a nosotros? Hasta dónde podemos llevar la explotación del ser humano y de la naturaleza antes de que haya un colapso global?*”. Para o autor, esse é um cálculo irresponsável feito por aqueles que se impõem, mas nunca questionam suas próprias estratégias. É, em realidade, uma irresponsabilidade suicida. HINKELAMMERT. *Los derechos humanos* ...Op. cit., p.8.

³⁵⁵ DENIS, José. Seminário: *Teorías económicas y desarrollo*. Curso Doctorado Derechos Humanos y Desarrollo, de 29 de enero a 2 de febrero de 2001.

³⁵⁶ O Relatório Desenvolvimento Mundial do ano 2000/2001 do Banco Mundial apresenta como tema a “Luta contra a Pobreza” com o seguinte slogan “*Pobreza em meio à abundância é o maior desafio que o mundo enfrenta. O Banco Mundial assumiu a missão de combater a pobreza com paixão e profissionalismo, colocando essa luta no centro de todas as suas atividades, pois reconhecemos que o desenvolvimento bem-sucedido requer um mandato amplo, múltiplo e adequadamente integrado.*”

Disponível na Internet em <http://www.worldbank.org/poverty/portuguese/wdr/index.htm> (14 de julho de 2001).

não chegue a testar limites. Testar o limite do sistema seria não mais poder retornar (*pontos de não retorno*)³⁵⁷. A pobreza passa a atuar como fator de desequilíbrio do sistema.

Algo que aparentemente surge como um movimento universal de consciência voltado para os direitos humanos esconde, em realidade, estratégias de manutenção da ética de mercado. Para esses autores, a estratégia nunca pretendeu atender aos objetivos e finalidades pelas quais se legitima – discurso dos direitos humanos nas declarações. Antes, esconde a racionalidade meio-fim que fundamenta e gera a coesão da ética valorativa do *bando de ladrões*.

O conceito de globalização oferecido pelo Banco Mundial exhibe a receita de tal ética: *integração internacional crescente dos mercados de bens, serviços e capitais*. Trata-se de uma definição realista e que não mascara as verdadeiras intenções dessa racionalidade meio-fim.³⁵⁸

3) No campo das relações internacionais, os chamados “anti-globalistas”³⁵⁹

³⁵⁷ Serres faz uma análise semelhante utilizando-se da imagem de um quadro de Goya, no qual há um duelo e os beligerantes, enquanto lutam, perdem ao mesmo tempo para a natureza. SERRES, Michel, *O contrato natural*. Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 1990, p. 11.

³⁵⁸ Para Denis, os países em desenvolvimento (incluídas as economias em transição - socialista) destacam-se como a força motriz da globalização. Para ele, o mercado nunca esteve tão regulado como agora, mas não mais pelos Estados. A ordem existe mais do que nunca, mas controlada por outras instituições, novas, e que jamais existiram na história. ETN's. A definição de globalização do Banco Mundial é uma definição de enorme lucidez para o comércio internacional e seus caminhos. DENIS. Op. cit.

³⁵⁹ O “anti-globalismo” propõe re-valorar as identidades etnonacionais em nome do pluralismo, da complexidade e da diferenciação cultural, concebidos não como obstáculos ao progresso da racionalidade política e jurídica, e sim como um patrimônio antropológico evolutivamente precioso. Essa posição considera que a soberania dos Estados nacionais define-se como um ponto de partida insubstituível para a construção de instituições descentralizadas e não hierárquicas. Sustentam ainda que a estrutura piramidal das Nações Unidas perpetua o modelo da “Santa Aliança” e nega o princípio da igualdade formal dos sujeitos de direito. Consideram que tal instituição é totalmente inadequada para garantir uma ordem global e que não está distante da conservação da

criticam as teorias “globalistas”, que depositam a crença na auto-regulamentação do mercado (por meio de suas próprias leis - concorrência). As escolas, notadamente norte-americanas, que deram origem às teorias globalistas ou liberais-institucionalistas, sustentavam que a hegemonia econômica exercida pelos Estados Unidos criava um ambiente propício para o livre desenvolvimento do mercado, além de propiciar a sustentação de um regime liberal internacional e a manutenção do *statu quo*.

Para Richard Rosecencence, um dos principais defensores da teoria globalista³⁶⁰, as novas tendências nas relações internacionais (relações de troca) oferecem a possibilidade de romper o círculo vicioso e de encontrar novos modelos de cooperação entre os Estados-Nação, ainda que enfraquecidos como tais. Os globalistas predizem que o mundo pertencerá às nações comerciantes. A hipótese de Rosecencence é a da total internacionalização do capital. Segundo Tullo Vigevani, “*Os globalistas consideram que o único regulador possível do sistema internacional não se apóia sobre a existência de Estados, mas apenas sobre relações econômicas cuja ligação com a base territorial é, no melhor dos casos, tênue.*”³⁶¹

O método do discurso globalista encontra-se ancorado na autonomia do mercado e sua auto-regulamentação, apoiado sobre os pressupostos de uma teia sistêmica que se autogestiona.³⁶²

“estabilidade hegemônica” instauradas pelas grandes potências políticas e econômicas do planeta. ZOLO. Op. cit., p. 14.

³⁶⁰ ROSECECENCE, Richard. *The Rise of Trading State*, New York: Basic Books, 1986

³⁶¹ VIGEVANI e outros. Op. cit., p. 22.

³⁶² O discurso da teoria sistêmica está presente e faz, por meio da apropriação de fenômenos naturais, uma analogia com a naturalidade das leis do mercado. As conseqüências são dramáticas, vez que faz desaparecer a possibilidade de mudança (inevitabilidade) criando uma inércia que legitima o discurso. Nesse sentido, ver IANNI, Otávio. *Teorias da Globalização*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999, pp. 88-93.

Todos os dados estatísticos que correlacionam PIB, população e superfície territorial dos países demonstram a incoerência e a insustentabilidade da ética de mercado que se apresenta como algo natural, científico, autônomo. São flagrantes as intenções valorativas dessa racionalidade. A visão “mercado-cêntrica” que, segundo Denis, passa a prevalecer nesses últimos anos, é o que Franz Hinkelammert chama de “*visão totalizante do mercado*” e que deve ser substituída por outra.³⁶³

Além dos “globalistas”, outras teorias contribuem para gerar a conformação diante da inevitabilidade. Segundo as teorias neo-realistas,³⁶⁴ amplamente difundidas nos Estados Unidos a partir da Segunda Guerra Mundial, haveria sempre uma inevitável busca pelo poder envolvendo os Estados (derivada da natureza hobbesiana do homem). Tullo Vigevani ressalta que:

*(...) os realistas visualizam a distribuição do poder, e não o livre-mercado, como o aspecto decisivo das relações internacionais. Por mais importante que seja o nível das trocas mundiais, o livre-mercado é o resultante de arranjos políticos entre Estado que estimula preferências a partir de interesses particulares. Portanto, o livre mercado não emerge espontaneamente.*³⁶⁵

Alguns autores neo-realistas sustentam que a distribuição de poder entre Estados deve ser estabelecida de forma organizada, com a preponderância de um país sobre os demais sob o argumento de que facilitaria a criação e o funcionamento de situações de equilíbrio e cooperação entre todos os demais. Essa é a base da “Teoria da Hegemonia” defendida por Kindleberger nos seguintes termos: “*para a existência e*

³⁶³ A solução de ambos os autores, de que devemos reorientar a sociedade e as instituições para outras finalidades, parece acertada, pois resgata a política, conceitos de poder, subjetividade, ação social, mas não exclui o mercado. Sustentam a necessidade de retirar o elemento totalizante do mercado e reorientá-lo para uma ética outra (para Franz Hinkelammert, a *ética do bem comum*).

³⁶⁴ O texto base desse espaço é o artigo de VIGEVANI, Tullo e outros, “Realismo versus globalismo nas relações internacionais”, *Revista Lua Nova*, n. 34, 1994.

³⁶⁵ Idem, p. 7. A partir daí, autores como Nye, Keohane, Snidal e Gowa discutem o conceito de hegemonia como uma forma de articulação entre os pressupostos de funcionamento de uma economia internacional liberal e os recursos de poder disponíveis e concentrados em um único Estado.

ascensão de uma economia mundial liberal é necessária a liderança de uma nação hegemônica (...) condição necessária à manutenção de uma economia internacional aberta, como também suficiente para a criação de um ambiente competitivo".³⁶⁶

Outros autores, como Keohane,³⁶⁷ não crêem no argumento de que a hegemonia de um único país traga benefícios à cooperação. Trabalham com a idéia dos benefícios para todos, ainda que assimétricos.³⁶⁸

Apesar da crítica à autonomia do mercado (defendida pelas teorias globalistas), os neo-realistas também procuram legitimar uma ordem de valores que possibilite a existência do modelo de sociedade "mercado-cêntrica". Ambas as teorias – globalistas e neo-realistas – fazem parte do discurso de legitimação da ética de mercado.³⁶⁹

4) No campo da política internacional, Danilo Zolo e David Held fazem uma leitura semelhante das estratégias utilizadas pelas grandes potências no período posterior à Segunda Guerra.³⁷⁰ As manobras políticas das grandes potências, em

³⁶⁶ Idem, p. 13

³⁶⁷ KEOHANE, Robert O. *After Hegemony. Cooperation and Discord in the World Political Economy*. Princeton: Princeton University Press, 1984.

³⁶⁸ Essa tese é reforçada pelo fenômeno da interdependência, pelo qual os países envolvidos sempre teriam custos e nem sempre benefícios mútuos. VIGEVANI. Op. cit., p. 17.

³⁶⁹ Ambas as teorias se preocupam com uma crise nos Estados Unidos e com a perda da hegemonia. Para isso definem estratégias de resgate do poder dominante. Os neo-realistas formulam a "teoria do equilíbrio" (WALTZ, Kenneth, *Teoria della Política Internazionale*, Il Mulino, Bologna, 1979), a qual reafirma a necessidade de equilíbrio, representada pela hegemonia de um país central, em razão da centralização do poder. Esse poder deve ser mantido pelos valores, não só econômicos, como também políticos, culturais, questões como democracia, direitos humanos, cidadania, etc. Os globalistas defendem a idéia do *ciclo virtuoso*, em que, pela impossibilidade histórica de se reverter o processo de globalização (um ciclo inevitável), haveria uma série de benefícios auferidos por todos, embora não simetricamente. Pela sua posição e suas capacidades, os Estados Unidos logriam maiores benefícios (Rosecencence). Idem, p. 23.

³⁷⁰ Os dois autores concordam com o diagnóstico da manipulação política exercida pelas grandes potências, sobretudo dos Estados Unidos, pela intervenção ou intermediação das Nações Unidas e da OTAN, mas não concordam com o prognóstico. Held acredita na possibilidade de democratização do sistema internacional e de sua principal organização (ONU). Zolo é descrente quanto a essa possibilidade. Para ele, a busca pela paz não pode ser encabeçada por uma organização que está baseada na hierarquia de poder econômico e político das grandes potências.

especial as dos Estados Unidos, constituem-se na principal estratégia para manutenção e ampliação dos objetivos econômicos do “mercado capitalista totalizante”.³⁷¹

David Held relata que, até 1989, a “Grande Contenda” entre Estados Unidos e URSS e o funcionamento das alianças da Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN)³⁷² e do Pacto de Varsóvia³⁷³ restringiram as opções políticas de muitos Estados durante os anos do pós-guerra.³⁷⁴ Como o fim da guerra fria, as opções políticas dos Estados continuam dependendo de sua posição dentro da hierarquia de poder internacional. Mesmo assim, relações de poder global seguem exercendo uma profunda influência restritiva sobre as ações estatais. A OTAN segue funcionando como o principal fórum internacional no qual são coordenadas as políticas de defesa e os problemas de segurança do “hemisfério ocidental”.³⁷⁵ Para Held, o atual sistema de segurança nacional não adota mais as distinções simplistas entre “amigo” e “inimigo”. O impacto de uma guerra pode ser profundamente devastador tanto para um “amigo” quanto para um “inimigo”. A lógica da segurança

³⁷¹ Adota-se aqui o entendimento de que as forças geoeconômicas estão unidas às forças geopolíticas para levar a cabo seus objetivos.

³⁷² Segundo Held, desde que foi fundada em 1940, a OTAN oscilou entre apresentar-se como uma organização de Estados soberanos, por um lado, e seguir a lógica ditada pelas grandes potências, por outro. Ressalte-se que os membros da OTAN também são unidades rivais que competem pelos recursos escassos. HELD, D. *La democracia y el orden global*. Barcelona, Paidós, 1995, p. 146.

³⁷³ Também no Pacto de Varsóvia, o poder era exercido assimetricamente pela União Soviética. Held afirma que a razão formal do Pacto era fazer frente à OTAN e defender o comunismo, mas também serviu para justificar a presença de exércitos soviéticos por todos os países membros.

³⁷⁴ A capacidade do Estado para implementar políticas exteriores particulares, perseguir certos objetivos estratégicos, escolher entre tecnologias militares alternativas e controlar determinados sistemas de armamento situados em seu próprio território estava limitada por seu lugar dentro do sistema internacional de relações de poder.

³⁷⁵ A guerra de Kosovo é um bom exemplo do poder da OTAN. Por meio da Organização para Segurança e Cooperação Européia (OSCE) foi determinada uma força de *verificação* da região que incluía também a Rússia, aliada histórica da Sérvia. Depois de negociações entre Milosevic, então presidente sérvio, e Richard Holbrooke (norte-americano que arquitetou o acordo de Dayton). O suposto cessar-fogo acabou por acirrar o conflito. As últimas tentativas de paz foram feitas em Rambouillet, na França. Nenhum acordo foi alcançado. Os ataques aos kosovares prosseguiram e a OTAN ameaçou com bombardeios. Os ataques da OTAN fortaleceram ainda mais o regime interno da Sérvia e a repressão à população de Kosovo foi ainda maior, obrigando uma fuga em massa de 500 mil pessoas.

de Estado tem desencadeado um ciclo de violência e preparação para a violência no sistema internacional em tal medida que chega a comprometer seriamente a garantia de uma paz duradoura.³⁷⁶

Zolo dá exemplos dessa violência exercida por meio do Conselho de Segurança da ONU. A Guerra do Golfo (“Operação Tempestade no Deserto”),³⁷⁷ deflagrada em 17 de janeiro de 1991, foi qualificada por importantes pensadores como “guerra justa”.³⁷⁸ Dentre seus efeitos, contam-se as restrições impostas pelas potências ocidentais à soberania territorial do Iraque (com o acordo tácito das Nações Unidas, mas sem nenhuma legitimação internacional formal) e os inúmeros bombardeios contra o Iraque atendendo a ordens pessoais do Presidente dos Estados Unidos.

Outras interferências, sob o rótulo de *intervenções humanitárias*, também demonstram a confusão entre os órgãos das Nações Unidas e os dos governos nacionais que participam da intervenção militar, sob comando último dos Estados Unidos: os capacetes azuis, enviados à Somália por razões humanitárias, terminaram disparando sobre multidões indefesas enquanto centenas de civis morriam por causa dos disparos de fogo de um helicóptero norte-americano que não havia sido incorporado formalmente às forças armadas das Nações Unidas. Do outro lado, vários jornalistas ocidentais inocentes morriam nas mãos das turbas somalis indignadas e soldados americanos eram submetidos à tortura. Em Ruanda, a “Operação Turquesa” reproduziu o modelo adotado pelos Estados Unidos na Somália: os soldados franceses não lutaram sob a bandeira e o controle militar das Nações Unidas, e sim de forma

³⁷⁶ HELD. Op. cit, p.152.

³⁷⁷ A embaixadora Albright sustentava durante os bombardeios que “*Nosotros reconocemos (al Medio Oriente) como vital para los intereses estadounidenses*”. Para Chomsky, esse é um bom exemplo para ilustrar as “verdades duradouras” do mundo real. CHOMSKY, Noam; DIETERICH, Heinz. *La sociedad global*. Op. cit., p.68

autônoma e autorizada pelo Conselho de Segurança. Os interesses franceses estavam ligados à promoção de sua própria hegemonia na região, interesses que coincidem em grande medida com o regime ditatorial hutu, que recebia o apoio francês tanto na esfera política como na esfera militar. No Haiti, o Conselho de Segurança autorizou a invasão norte-americana para estabelecer a democracia. Pela primeira vez, a máxima instituição internacional, em total contradição com os princípios de sua própria Carta, legitimou a *Realpolitik*.³⁷⁹

Durante os primeiros anos, as Nações Unidas operaram sob a hegemonia dos Estados Unidos. Um dos exemplos foi a decisão americana de constituir o Estado de Israel, mesmo contra o desejo da maioria dos habitantes do território. Também em 1950, aproveitando-se da ausência temporária da delegação soviética no Conselho de Segurança, os Estados Unidos conseguiram a aprovação para responder à invasão da Coreia do Sul, organizando, para tal, sua própria ofensiva contra a Coreia do Norte.

No período da guerra fria, a rivalidade entre as duas superpotências paralisou mais de uma vez a idéia de um “governo internacional”.³⁸⁰ Ambos os países intervieram em vários conflitos armados.³⁸¹ Somente uma vez o Tribunal Internacional chancelou uma sentença reconhecendo a violação de direitos. Foi em razão do apoio dado pelos Estados Unidos aos *contra-revolucionários* na Nicarágua. A sentença foi totalmente ignorada pelo Estado norte-americano graças ao direito de veto que o

³⁷⁸ Zolo refere-se a um artigo publicado por Norberto Bobbio, onde esse autor defende as razões da Guerra do Golfo. ZOLO. Op.cit., p. 20.

³⁷⁹ Tradicionalmente realizada no Caribe e na América Central. ZOLO. A análise desse parágrafo foi baseada estudos de Danilo Zolo. Op. cit., pp. 20-23.

³⁸⁰ Lembrando que as duas tentativas anteriores foram a Santa Aliança em 1815 e a Sociedade da Liga Nações em 1920.

³⁸¹ Estados Unidos na guerra do Vietnam e em outros conflito armados menores, como Guatemala (1954), Líbano (1958), Cuba (1961), República Dominicana (1965), Granada (1983), Líbia (1986) e Panamá (1989). A União Soviética no Afeganistão e em países da Europa Oriental. ZOLO. Op. cit., p. 39.

governo está autorizado a exercer.³⁸²

Christian Guy Caubet realiza uma esclarecedora análise a respeito da intervenção norte-americana na Nicarágua:

A afirmação da ilicitude da ingerência em assuntos internos de outra nação, com ou sem meios bélicos, não foi feita em nome de interesses escusos e muito menos a mando do império do mal. Mais precisamente, a condenação expressa de graves violações de Direito Internacional, por pessoas agindo em nome dos EUA ou a mando de suas autoridades oficiais, foi pronunciada por quinze pessoas que, quando solicitadas, têm a missão de fazer respeitar as normas da sociedade internacional: os juizes da Corte Internacional de Justiça, órgão oficial da Organização das Nações Unidas. O nome oficial da lide é: Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicarágua V. United States of América).³⁸³

Nesse contexto político e econômico inserem-se o Direito Internacional dos Direitos Humanos e seus distintos sistemas de proteção internacional. Na mesma organização em que se desenvolve o sistema universal de proteção dos direitos humanos (ONU), também se desenvolve o sistema financeiro mundial (“Grupo do Banco Mundial”)³⁸⁴. O pleno atendimento de direitos humanos de natureza social e econômica tornaria inviável o cumprimento de muitas das regras definidas para comércio mundial.³⁸⁵

Conforme análise de Christian Guy Caubet,

³⁸² Sobre o tema ver CAUBET. “Legitimidade democrática ...” Op. cit., p. 18.

³⁸³ CAUBET, Christian G. “Legitimidade democrática ...” Op. cit., p.18.

³⁸⁴ No seio das Nações Unidas, muitas vezes o cumprimento de tratados que vinculam políticas econômicas dos países impede que sejam cumpridos tratados que versam a respeito de direitos humanos. O Grupo do Banco Mundial reúne as seguintes organizações mundiais: OMC (Organização Mundial do Comércio); ONUDI (Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento Industrial); FIDA (Fundo Internacional de Desenvolvimento Agrícola); OMPI (Organização Mundial da Propriedade Intelectual); OMI (Organização Marítima Internacional); OMM (Organização Meteorológica Internacional); UPU (União Postal Universal); OACI (Organização da Aviação Civil Internacional); FMI (Fundo Monetário Internacional); OMGI (Organismo Multilateral de Garantias de Investimentos); CFI (Corporação Financeira Internacional); AIF (Associação Internacional do Fomento) e BIRF (Banco Internacional de Reconstrução e Fomento).

³⁸⁵ Como, por exemplo, os programas de ajuste estrutural definido pelo FMI ou as cláusulas da *nação mais favorecida* e do *tratamento nacional* estabelecidas no âmbito da OMC. HELD. Op. cit., p. 141

O Comércio não é considerado pelo que pode representar como meio de realizar algo, e sim como um valor em si, uma referência absoluta com conotações positivas ou negativas a partir do próprio fenômeno. Nessas condições, a atitude normal da maioria dos analistas consiste em postular a necessidade de inevitável expansão comercial mundial com objetivo incontestável, acima de qualquer possibilidade crítica séria. De um ponto de vista crítico e ecológico, não há a mínima dúvida de que fenômenos como crescimento contínuo, generalização dos padrões de vida das populações do hemisfério norte e bem-estar sócio-ambiental (...) são objetivos incompatíveis entre si, mesmo que a população permaneça estável; o que ainda não é o caso. Contra este tipo de evidência crítica (...) só cabe içar a necessária primazia do comércio à condição de dogma: o comércio é intocável, o resto deve ajustar-se e o conjunto só poderá melhorar.³⁸⁶

Eis a razão da *limitação fundamental* aos direitos econômicos, sociais e culturais e aos direitos considerados da “terceira geração”. Não interessa ao sistema econômico mundial a existência de tribunais internacionais com poder de decisão (supranacional) a respeito de assuntos tais que possam denunciar as fontes de desigualdade na distribuição de riqueza a ponto de abalar a legitimidade do sistema. Os problemas sociais e econômicos ficam restritos aos “assuntos internos” em nome do princípio da “não-intervenção”, em nome da “segurança e autonomia nacional”.

Tais características trazem conseqüências específicas que são estudadas por todas as áreas do conhecimento. Essa leitura poderia ser feita de diversos pontos de vista (sociologia, antropologia, ciência política, geografia crítica, ecologia, etc). O “modelo de mercado totalizante” cria estruturas para garantir sua própria existência. Somam-se mecanismos teóricos e instituições que, mesmo anunciando objetivos diversos, servem para legitimar esse modelo.

³⁸⁶ CAUBET, “A irresistível ascensão do comércio internacional ...” Op. cit., pp. 224-5.

2. Cosmopolitismo e anti-cosmopolitismo

Diante da complexidade de efeitos perversos produzidos pelas ações diretas da “ética do mercado totalizante”, intelectuais em todo o mundo buscam soluções para conter tais efeitos indiretos indesejáveis. Como já mencionado, uma das principais estratégias tem sido apostar nos direitos humanos universais e em sua garantia por meio do direito internacional (*cosmopolitismo normativo*); outros crêem na irradiação, por todo o globo, dos valores humanos cultivados no diálogo entre culturas, buscando a conscientização da humanidade em torno da importância dos direitos humanos (*cosmopolitismo de valores*); outros, ainda, acreditam que a solução possa ser encontrada na reformulação e democratização da estrutura global e de sua principal instituição (*cosmopolitismo institucional*).

Esses três posicionamentos, ou três correntes serão trabalhados a seguir tendo em vista três aspectos principais: o papel do Estado-nação, a universalidade dos direitos humanos e a necessidade ou não de formação de um governo global. Com a exposição de um quarto posicionamento – denominado *anticosmopolitismo institucional* – pretende-se, fazendo um contraponto às três correntes anteriores, reunir elementos suficientes para concluir os rumos e as expectativas do sistema americano de proteção dos direitos humanos e seu contexto.

2.1 *Cosmopolitismo normativo*

A perspectiva do cosmopolitismo normativo destaca, como principal característica, a importância dada à regulamentação dos direitos humanos no plano internacional mediante declarações e, principalmente, mediante pactos que

estabeleçam e garantam direitos humanos. Tal regulamentação depende, para ser efetiva, do comprometimento do Estado na proteção de direitos convencionados e no cumprimento das decisões (recomendações ou sentenças) emitidas por órgãos supranacionais de defesa de direitos humanos.

Os principais defensores dessa corrente reconhecem a importância representada pelos direitos humanos a partir da Declaração Universal de 1948 e, logo, da já mencionada proliferação de documentos, órgãos e procedimentos internacionais para o tratamento de tais direitos. As características que podem identificar uma linha de pensamento comum entre os representantes dessa corrente são:³⁸⁷

1. Consciência da existência do paradoxo fundamental dos direitos humanos;³⁸⁸
2. Crença na universalidade dos direitos humanos, definida como tal pelo sistema das Nações Unidas, em especial, pela Declaração Universal e pelos Pactos;
3. Crença na progressividade e evolução dos sistemas de proteção dos direitos humanos rumo a uma mais efetiva proteção de tais direitos para todos os seres humanos;
4. Crença em um aumento de consciência universal em torno da necessidade de universalização e proteção dos direitos humanos;

³⁸⁷ Ressalve-se, contudo, que tais características não representam o pensamento particular de nenhum dos autores. O estudo do funcionamento do sistema americano de proteção de direitos humanos - em especial os avanços e limitações normativas da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos - que foi realizado nos capítulos dois e três do presente trabalho, pretendeu demonstrar cada uma dessas características.

5. Reconhecimento da necessidade de uma maior interação entre direito internacional e direito interno para a proteção dos direitos humanos, assim como um maior comprometimento dos Estados em cumprir os direitos convencionados ou responder por condenações de violação de direitos;
6. Reconhecimento da necessidade de rediscussão do princípio da soberania estatal, de tal forma que os direitos humanos possam ser respeitados, independentemente da vontade estatal;
7. Em conseqüência da característica anterior, crença na autonomia (crescente) das organizações internacionais de proteção dos direitos humanos;
8. Reconhecimento da necessidade de maior efetividade do sistema internacional dos direitos humanos, em especial com relação aos direitos econômicos, sociais e culturais;
9. Crença no campo jurídico – legalidade – como um espaço de luta pela garantia dos direitos humanos.

O maior representante brasileiro dessa linha de pensamento, e que foi estudado ao longo de todo o trabalho, é Antônio Augusto Cançado Trindade.³⁸⁹ Para esse brilhante jurista, a repercussão em torno dos direitos humanos no plano do direito

³⁸⁸ Aumento dos instrumentos de proteção de direitos humanos (no âmbito internacional e nacional) *versus* aumento da violação de direitos humanos, conforme definido no capítulo primeiro.

³⁸⁹ Cançado Trindade participa há muitos anos do dia-a-dia do sistema americano de proteção de direitos humanos, tendo atuado já como vice-Presidente e, atualmente, como Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

internacional é tão expressiva que passa a constituir uma disciplina própria: o Direito Internacional dos Direitos Humanos.³⁹⁰

Dentre suas teses principais, encontra-se a *defesa do acesso direto do particular demandante perante a Corte Americana de Direitos Humanos*. Em última instância, a luta do jurista inclina-se pelo reconhecimento da capacidade processual plena do indivíduo como sujeito de direito internacional dos direitos humanos e pelo fortalecimento, em consequência, do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Além dessa tese, outras igualmente importantes têm sido defendidas não só em sua atuação como juiz da Corte mas também em palestras e cursos proferidos em vários locais. Relembrando as principais teses estudadas no capítulo anterior, o jurista defende a reunião dos dois órgãos (Comissão e Corte) em um só (à semelhança do que ocorreu no sistema europeu com o Tribunal Europeu de Direitos Humanos), o fortalecimento na autonomia do direito de petição perante a Corte e, por fim, a reunião de todas as forças do Estado, incluindo os poderes da União e a sociedade, na incorporação desses direitos humanos convencionados e sua aplicação no âmbito interno.³⁹¹

Outro autor que pode ser incluído nessa corrente é Pedro Nikken, para quem “(...) *el régimen de protección internacional de los derechos humanos, más que como sistema establecido, se ha manifestado como un proceso que ha modificado, incluso sustancialmente, el tratamiento jurídico de materias que permanecían más o*

³⁹⁰ Razão pela qual opta-se aqui por agregar a característica de normativo ao cosmopolitismo.

³⁹¹ Lembrando também que o jurista defende a interpretação de que os tratados que versam sobre direitos humanos devem ser incorporados à legislação interna conforme o art. 5º, § 2º da Constituição Federal, fazendo parte do conjunto de normas constitucionais.

*menos estables durante la evolución del Derecho internacional.*³⁹²

Também Thomas Buergenthal, Robert E. Norris e Dinah Shelton,³⁹³ que possuem uma obra especialmente dedicada ao sistema de proteção de direitos humanos nas Américas, assim como Victor Abramovich e Christian Courtis e sua teoria acerca da exigibilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais, são autores que acreditam no avanço normativo dos direitos humanos no plano internacional.

O fato de incluir o pensamento de tais autores na perspectiva do *cosmopolitismo normativo* não significa engessá-los e excluí-los da caracterização das outras correntes a seguir apresentadas.

2.2 *Cosmopolitismo de valores*

Essa segunda corrente, a do cosmopolitismo de valores, apresenta como característica principal a disseminação de valores que digam respeito aos seres humanos com o objetivo de conscientizar a humanidade a respeito da importância da preservação da vida no planeta. Baseados algumas vezes nos ensinamentos das ciências naturais, parte dos autores que participa dessa perspectiva elabora propostas que levam em conta outra concepção de homem e de natureza (como as teorias

³⁹² NIKKEN, p. 20. O autor afirma ainda que “*La tendencia a la expansión progresiva del alcance de sistema internacional de protección y promoción a los derechos humanos no es un fenómeno superficial. Por el contrario, las causas y las expresiones concretas de la progresividad se vinculan – y profundamente a veces – con los más diversos aspectos del régimen jurídico internacional de los derechos humanos.*”

³⁹³ A obra é um estudo comparativo entre os casos julgados pelos tribunais internacionais no sistema americano e o sistema europeu. BUERGENTHAL, Thomas, NORRIS, Robert E., SHELTON, Dinah. *La protección de los derechos humanos en las Américas*. Madrid: Civitas, 1990.

ecológicas atuais).³⁹⁴

A teorização a respeito da “Terra Viva” (Teoria de Gaia), por James Lovelock,³⁹⁵ segundo a qual há um entrosamento e uma interdependência entre todas as partes do planeta, serve para demonstrar que uma das características dessa linha de pensamento consiste na complexidade e na diversidade. Outro exemplo, também na área das ciências naturais, destaca a discussão a respeito do “efeito borboleta”, desenvolvida pelo meteorologista Edward Lorenz.³⁹⁶ Essa teoria serve para demonstrar a interconexão entre todos os seres do planeta e a responsabilidade comum pela sobrevivência de todos e de cada um isoladamente.

Mesmo correndo o risco implícito a qualquer classificação, podem-se mencionar como características dessa corrente, as seguintes:³⁹⁷

1. Consciência da existência do paradoxo fundamental dos direitos

³⁹⁴ A Ecologia Profunda (Deep Ecology), cuja maior representante é Arne Naess, inaugura um novo paradigma para a ecologia tradicional. Apresenta uma visão holística da realidade, entendendo o mundo como um todo integrado. Também Carolyn Marchant “ecologia radical”, Murray Bookchin, Edward Goldsmith, Alain Lipietz e o “manifesto ecológico”.

³⁹⁵ James Lovelock, um químico contratado pela NASA num projeto para descobrir vida em Marte, teve a idéia de imaginar o planeta Terra como um todo, um sistema vivo, auto-organizador. Descobriu que em Marte há um total equilíbrio de sua atmosfera, enquanto que na Terra ocorre o oposto: uma mistura de gases afastados do equilíbrio químico. Esse desequilíbrio é o fator definitivo da vida na Terra. A vida na Terra regula a atmosfera de forma constante para manter as condições favoráveis aos organismos. A teoria mostra que há um estreito entrosamento entre as partes vivas do planeta. Sua teoria foi completamente refutada de início (publicada por Carl Sagan, astrônomo), com a alegação de que era não-científica e teleológica (munida de propósito). Lovelock provou que quanto maior a complexidade de elementos envolvidos, maior a estabilidade da organização.

³⁹⁶ O Efeito Borboleta, descoberto pelo meteorologista Edward Lorenz, indica que mudanças diminutas no estado inicial de um sistema levarão ao longo do tempo a conseqüências de grande escala. Na teoria do caos isso é conhecido como efeito borboleta, pois o bater de asas de uma borboleta em Pequim pode causar, em um mês, uma tempestade em Nova York. Afirmava que “qualquer sistema físico que se comporte de maneira não-periódica seria imprevisível”. Seus estudos marcam o início da teoria do caos. CAPRA, Fritjof. *A teia da vida*. São Paulo, Cultrix, 1996, p. 115.

³⁹⁷ Dentre as inúmeras formas de se alcançarem essas características, uma delas pode realizar-se por meio do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Tal disciplina contribui para a propagação dos valores relacionados com os seres humanos e o planeta, ainda que esteja baseado em uma cultura específica (cultura ocidental). Em certa medida, pode-se afirmar que os autores que defendem o *cosmopolitismo normativo* também defendem o *cosmopolitismo de valores*.

humanos;

2. Consenso quanto à necessidade de proteção de direitos humanos, mas não necessariamente coincidindo com a fundamentação de universalidade e com os métodos de proteção definidos e defendidos pelo sistema ONU;³⁹⁸
3. Consenso quanto à necessidade de preservação e manutenção das condições de possibilidade de existência da vida humana na terra;³⁹⁹
4. Crença na condição de “ser humano”, independentemente do marco territorial em que esteja situado o indivíduo;
5. Crença no respeito às diversidades em razão do contexto social, econômico, político e cultural em que está inserido o indivíduo;⁴⁰⁰
6. Pela característica anterior, reconhecimento da importância de defesa transnacional realizada por parte de organizações não-governamentais de direitos humanos;

³⁹⁸ Consciência de que a universalidade dos direitos humanos foi imposta de cima para baixo e de que a idéia de alcançar o desenvolvimento econômico e social teria que ser feita à custa dos direitos humanos apenas serve como discurso para possibilitar a violação. E que essa violação aumenta a cada dia com a ação de organizações privadas no âmbito transnacional (ETN).

³⁹⁹ Raciocínio de que a vida humana depende da conservação do planeta para que possa se desenvolver. Alguns defendem a proteção de direitos não humanos, como as teorias a respeito do direito dos animais, dos recursos naturais, da terra como um todo, etc. Segundo Hans Jonas *“hoy en día no está fuera de lugar preguntarnos si las condiciones de naturaleza extrahumana, la biosfera en su conjunto y en cada una de sus partes, actualmente sometidas a nuestro dominio, se han convertido en algo que ha sido dado en usufructo al hombre y que tiene derecho a una reclamación moral sobre nosotros no sólo por nuestro interés, sino también por su propio derecho”*HANS, J. *El principio de responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Barcelona, Herder, 1995, p. 8.

⁴⁰⁰ O respeito à diversidade aproxima essa corrente do pensamento que nega a existência do absolutismo/universalismo em matéria de direitos humanos. Segundo Boaventura, o reconhecer as incompletudes da cultura ocidental - seu individualismo possessivo; a precedência do indivíduo sobre a comunidade, dos direitos por sobre os deveres, destruindo assim a capacidade para a compaixão e a fraternidade - é o passo inicial para o diálogo entre culturas. SOUSA SANTOS. Op. cit., p. 197.

7. Reconhecimento da necessidade de rediscussão do princípio da soberania estatal e do próprio papel do Estado-Nação, tendo em vista que os direitos humanos não reconhecem fronteiras;
8. Crença no campo jurídico – legalidade – como um espaço de luta por garantia de direitos humanos, com especial ênfase na transnacionalização jurídica.

Boaventura de Sousa Santos, outro autor classificável nesta perspectiva de cosmopolitismo de valores, vê o surgimento de uma cultura jurídica cosmopolita como decorrência do entendimento transnacional do sofrimento humano e da constelação transnacional de ações sociais progressistas criadas para minimizá-lo.⁴⁰¹ Entende que, nas duas últimas décadas, foram criadas novas dimensões transnacionais do sofrimento humano e da opressão social, mas também se criou um potencial de *transnacionalização da resistência*.⁴⁰²

O ponto alto da teoria de Boaventura de Sousa Santos reside no direito humanitário. Segundo ele, de todas as formas de legalidade transnacional, é o direito humanitário o que impulsiona mais a idéia de globalização, porque toma o Globo como objeto de sua regulamentação. O direito humanitário revela-se potencialmente como o campo privilegiado das lutas entre as formas capitalistas de globalização dirigidas para um paradigma emergente.⁴⁰³

O *jus humanitatis* mostrar-se-ia como um direito que se preocupa com o

⁴⁰¹ SOUSA SANTOS, Boaventura de Sousa. *La globalización del derecho*. Colombia: ILSA, 1998.

⁴⁰² Idem, p. 178. Um exemplo de relação direta entre a transnacionalização da opressão e da resistência é o que ocorre no campo ecológico - verdes - na luta contra poluição.

⁴⁰³ Idem, p. 245

domínio dos recursos naturais e/ou culturais que, em razão da importância desses mesmos recursos para a sustentabilidade global e para a qualidade de vida na terra, devem ser considerados como propriedade global e manejados em favor da humanidade como um todo, para o presente e para o futuro.⁴⁰⁴

Boaventura de Sousa Santos discute a idéia de um novo contrato com a terra, com a natureza e com as gerações futuras, exatamente a proposta que aparece na obra *O Contrato Natural*, de Michel Serres.⁴⁰⁵

Outros autores também seguem essa linha. Riechmann e Fernández Buey,⁴⁰⁶ dois estudiosos dos movimentos sociais, afirmam que "*El rasgo más importante que la perspectiva ecológica aporta al pensamiento contemporáneo es la conciencia de la existencia de un límite natural que choca con la persistencia de la cultura expansiva del capitalismo tardío o modificado.*"⁴⁰⁷ Segundo seus estudos, o planeta terra não poderá suportar por muito mais tempo a sobrecarga que lhe impõe o crescimento industrial.

O *jus humanitatis* seria transtemporal, utópico e buscaria a revisão do

⁴⁰⁴ O principal choque desse direito ocorre com os direitos de propriedade - base do sistema mundial capitalista - e com a soberania - base do sistema estatal. O conceito de *jus humanitatis* engloba o conceito de desenvolvimento sustentável, a idéia do fideicomisso, e outros projetos que consideram a Terra como objeto de proteção.

⁴⁰⁵ SERRES, Michel, Op. cit. O autor propõe um "contrato social", uma espécie de pacto nos seguintes termos: "*um contrato natural de simbiose e de reciprocidade em que a nossa relação com as coisas deixaria domínio e posse pela escuta admirativa, pela reciprocidade, pela contemplação e pelo respeito, em que o conhecimento não mais suporia a propriedade nem a ação a dominação*".

⁴⁰⁶ RIECHMANN, Jorge, BUEY, Francisco Fernández. *Redes que dan libertad*. Barcelona: Paidós Estado y Sociedad, Barcelona, 1995

⁴⁰⁷ O primeiro informe ao Clube de Roma - *Los límites del crecimiento* (Meadows, 1972) - representou um dos raros livros que deixam de ser catastróficos, apresentando advertências lúcidas capazes de impedir catástrofes anunciadas. Em pouco tempo foi traduzido para um grande número de países. Muitos sindicalistas e ideólogos da esquerda tradicional consideraram o primeiro informe como uma *trampa* do capitalismo para oprimir ainda mais a classe trabalhadora. O informe havia sido financiado pela FIAT e pela Volkswagen. RIECHMANN, Jorge, BUEY, Francisco Fernández. Op. cit., p. 122.

princípio da comunidade em outros moldes: uma espécie de *commons* global, aldeia global, herança comum, comunidade mundial.

Para Edgar Morin, outro importante autor que representa essa perspectiva, "*Haveria necessidade de uma cidadania planetária, de uma consciência cívica planetária, de uma opinião intelectual e científica planetária, de uma opinião política planetária.*"⁴⁰⁸

Entrevendo uma possibilidade contra-hegemônica, Boaventura de Sousa Santos considera necessário recuperar o potencial emancipatório⁴⁰⁹ e o caráter utópico dos direitos humanos. Para ele, é preciso criar um "despensamento" (*unthinking*) do direito e da política moderna. Os direitos humanos são, para Boaventura de Sousa Santos, um *esperanto político*.⁴¹⁰

Edgar Morin também considera a natureza transnacional dos direitos humanos e a necessidade de revisão do papel estatal visando a proteção de tais direitos. Edgar Morin afirma que:

*(...) os Estados-nação(...) são doravante demasiado pequenos para os grandes problemas agora inter e transnacionais: os problemas da economia, os do desenvolvimento, os da civilização tecno-industrial, os da homogeneização dos modos e dos gêneros de vida, os da desintegração de um mundo camponês milenar, os da ecologia, os da droga, são problemas planetários que ultrapassam a competência nacional.*⁴¹¹

⁴⁰⁸ MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. *Terra-pátria*. Porto Alegre: Sulina, 1993, p.124.

⁴⁰⁹ Para Boaventura, os processos de globalização podem significar um novo paradigma emancipatório. Ao mesmo tempo em que a *lex mercatória* se molda e evolui para atender às novas exigências internacionais nos jogos de força e poder entre nações, o mundo adquire o potencial para se posicionar e resistir (*transnacionalização da resistência*). Apesar dos acordos tecnológicos e de produção industrial, que cada vez limitam mais as opções e possibilidades de uma contracultura, os canais de comunicação ampliam-se e permitem a comunicação instantânea global. Boaventura defende a *transnacionalização jurídica* e a superação do Estado como pressupostos em direção à ruptura paradigmática que caracteriza esse momento histórico.

⁴¹⁰ SOUSA SANTOS, op. cit., pp. 114-118.

⁴¹¹ MORIN, Edgar, KERN, Anne Brigitte. *Terra-Pátria*. Sulina: Porto Alegre, 1995, p. 77.

Morin propõe o conceito de *cidadania planetária*, que garantiria a todos os direitos terrestres, e o de *geopolítica do planeta*, em que a importância não contemplaria mais os interesses das nações e dos impérios; tais interesses seriam, na verdade, descentralizados e subordinados a imperativos associativos: "*É somente quando nos tornarmos de fato cidadãos do mundo, isto é, cosmopolitas, que seremos vigilantes e respeitosos das heranças culturais, bem como compreensivos das necessidades de retorno às fontes.*"⁴¹²

Uma espécie de cidadania planetária também é proposta por outros autores, como Adela Cortina em sua obra *Ciudadanos del Mundo*⁴¹³ e Rogério Portanova, que propõe uma "cidadania ecológica"⁴¹⁴.

Rogério Portanova também propõe questionar o papel do Estado, mas pondera que não se trata de advogar sua extinção. Propõe redefinir os rumos e subordiná-lo a um outro grau de legitimidade que não o de sua própria existência. É o que denomina "Estado de Bem-Estar Ambiental": "*como herdeiro das lutas sociais que permitiram uma razoável distribuição do produto social, porém agora não mais com planejamento que durem o tempo de um mandato parlamentar, mas o suficiente*

⁴¹² Idem *Ibidem*, p. 127.

⁴¹³ CORTINA, Adela. *Ciudadanos del mundo: hacia una teoría de la ciudadanía*. Madrid, Alianza, 1997.

⁴¹⁴ Essa condição de cidadania exigiria, segundo o autor, algumas características: o reconhecimento de que existe uma crise global, causada pelo desenvolvimento industrial e que pode colocar em risco o equilíbrio do planeta e o futuro das novas gerações; o fim da fome no planeta; o controle da explosão demográfica; o fim imediato de todas as armas atômicas e a interdição da produção do arsenal bélico-nuclear; democratização da chamada Terceira Revolução Industrial (robótica); fim do *apartheid* tecnológico; compreensão de que a consciência ecológica deve estar diretamente relacionada com a diversidade cultural dos povos e suas práticas; definição de um desenvolvimento sustentado (que leve em consideração os crônicos problemas sociais); consideração do crime de racismo como inafiançável e imprescritível; fim de todos os tipos de preconceito; garantia de salário justo e promoção de políticas públicas que levem ao pleno emprego; total liberdade de crença e culto religioso. PORTANOVA, Rogério. "Exigências para uma cidadania ecológica" em *Revista Alter Agora*, Ano I, n.º 2, novembro de 1994, p. 85.

que incluam as próximas gerações”⁴¹⁵

Para Portanova,

*A democracia, nesse processo, vai exigir sua radicalização sob os auspícios de um outro modelo de desenvolvimento que leve em consideração justiça social, equilíbrio ecológico e viabilidade econômica, a esse processo alguns chamam timidamente de desenvolvimento sustentável, outros de eco-desenvolvimento, podem sua conceituação não vai muito além da retórica, geralmente sendo utilizado mais como um bom marketing político pela atenção que a questão traz em si do que propor medidas de transformações mais profundas.*⁴¹⁶

2.3 Cosmopolitismo institucional

A principal característica dessa corrente evidencia a proposta de uma “reforma democrática” nas Nações Unidas para legitimação de tal reforma, de forma a considerá-la centro de uma justiça mundial e de uma força policial internacional. Autores como David Held (“*modelo cosmopolita de democracia*”)⁴¹⁷, Norberto Bobbio (“*pacifismo global*”)⁴¹⁸, Antônio Cassesse e Richard Falk (“*centralismo global*”)⁴¹⁹, dentre outros,⁴²⁰ acreditam que somente um governo mundial democrático

⁴¹⁵ PORTANOVA, “Qual é o papel do Estado no século XXI? Rumo ao Estado de Bem Estar Ambiental” em *Inovações em direito ambiental*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000, p. 241.

⁴¹⁶ Idem, p. 242.

⁴¹⁷ HELD. Op. cit.

⁴¹⁸ BOBBIO, N. *Il terzo assente; Uma guerra giusta?* Venécia: Marsilio, 1991.

⁴¹⁹ FALK, R. *Positive prescriptions for the near future*, Princeton, Center for International relations, Paper n.20, 1991.

⁴²⁰ Outros autores também seguem essa perspectiva, como é o caso de Fábio Konder Comparato, para quem “A construção de uma democracia de âmbito planetário deve ser erigida sobre os alicerces já existentes; ou seja, ela há de fazer-se mediante a ampliação dos poderes de natureza legislativa, executiva e judiciária das Nações Unidas. Uma medida importante para o reforço do poder legislativo mundial das Nações Unidas poderia ser adotada em matéria de convenções sobre direitos humanos, votadas pela Assembléia Geral.” COMPARATO, Fábio K. *A democratização do poder mundial*. Foro Social Mundial 2001. Biblioteca das Alternativas. Disponível na Internet: <http://www.persocom.com.br/forumglobal/> (14 de julho de 2001). Também os defensores da instituição da Taxa Tobin – imposto que deveria recair sobre as transações financeiras internacionais – discutiram no Fórum Social Mundial, realizado em Porto Alegre, em janeiro de 2001, a inserção dessa proposta no âmbito das Nações Unidas. Alguns defendem que a instituição do imposto poderia funcionar no contexto da ONU, desde que democratizada: “Facilitar estas reformas - que deveria autorizar e deveria democratizar o

podará ser capaz de responder aos desafios da globalização em áreas como a ecologia, a demografia, os sistemas financeiros e as tecnologias informativas, e ser, ao mesmo tempo, capaz de controlar a explosão de particularismos nacionais e étnicos.

Para eles, os processos de globalização apresentam-se como indicativos de que a soberania dos Estados nacionais está defasada, além de insuficiente para afrontar os problemas que surgem na esfera internacional. Propõem transformar as Nações Unidas em autêntico centro de poder supranacional, superior à soberania dos Estados nacionais e capaz de limitar expressivamente a *jurisdição interna*.⁴²¹

Falk e Cassesse afirmam que somente haverá progresso no sistema jurídico internacional com o reforço de um “novo modelo” introduzido pela Carta das Nações Unidas em substituição ao “modelo de Westfália”.⁴²² Esse novo modelo teria as

sistema da ONU - também prepara isto para a segunda fase do regime da Taxa Tobin, e é sugerido que a TTO devesse alocar uma parte de suas rendas para a ONU. Relativo à substância da reforma da ONU, nós discutimos a proposta da Comissão de Governo Global estabelecer um Conselho de Segurança econômico; e do Centro Sul reconstruir o Conselho Econômico e Social da ONU. Qualquer um dos dois poderia assumir a TTO na segunda fase. Mas também é possível que a ONU se mostrará não reformável, e até mesmo que a própria TTO se tornará, passo por passo, pivô dos sistemas globais de governo.” PATOMAKI, Heikki. *A Taxa Tobin e a democratização global*. Foro Social Mundial 2001. Biblioteca das Alternativas. Disponível na Internet: <http://www.persocom.com.br/forumglobal/> (14 de julho de 2001). Sobre o tema, ver CHESNAIS, François. *Tobin or not Tobin?* São Paulo: Unesp, 1999.

⁴²¹ Zolo, Op. cit. p. 13. Essa tese “globalista” vem sendo reforçada após o fim da polarização da Guerra-Fria. Também vem sendo consolidada, desde a Guerra do Golfo Pérsico, a prática da *intervenção humanitária* das grandes potências por meio do Conselho de Segurança.

⁴²² Desde o ponto de vista estritamente legal, o modelo *westfaliano*, estabelecido na Europa no final da Guerra dos Trinta Anos, apresenta-se, segundo Falk e Cassesse, com as seguintes características: em primeiro lugar, os sujeitos de direito internacional são exclusivamente os Estados, enquanto que os indivíduos desempenham um papel passivo e secundário; em segundo lugar, não existe nenhum “legislador internacional” com poder de decretar normas automaticamente válidas *erga omnes*. A fonte de direito internacional impõe-se como autoridade soberana dos Estados na medida em que estes subscrevem tratados bilaterais e multilaterais e reconhecem normas consuetudinárias; em terceiro lugar, o sistema jurídico internacional está constituído quase que exclusivamente de normas primárias ou materiais, carecendo de normas secundárias, ou organizativas. Nesse modelo não há nenhuma jurisdição vinculante que tenha o poder de identificar as violações de direito internacional, e nem uma “polícia” autorizada para reprimir preventivamente a ilegalidade; em quarto lugar, a soberania dos Estados e sua igualdade legal são princípios absolutos e incondicionais. A desigualdade de fato que distingue as grandes potências dos demais Estados, ou os países desenvolvidos dos demais, carece de importância desde o ponto de vista legal; em quinto lugar, todo Estado tem pleno direito de recorrer à guerra ou a medidas coercitivas análogas para proteger seus próprios direitos e interesses. Os atos ilegais atuam como uma espécie de assunto privado entre o Estado autor da ilegalidade e seu adversário. Nenhum outro Estado ou organização internacional tem o direito ou o dever formal de intervir. ZOLO, Op. Cit., p. 138.

seguintes características: 1) Em primeiro lugar, os sujeitos de direito internacional não são unicamente os Estados, mas também as organizações internacionais e, especialmente, a Organização das Nações Unidas. Também se concede um papel, ainda que bastante limitado, a grupos sociais e povos que possuam uma organização representativa; 2) Em segundo lugar, desenvolveram-se verdadeiros “princípios gerais” do sistema jurídico internacional, que não só vinculam todos os Estados, mas também prevalecem, como *ius cogens*, sobre os tratados e normas consuetudinárias. Cassese indica os seguintes: a igualdade soberana dos Estados, a proibição do uso da força para solução de controvérsias, a não-intervenção em assuntos internos, o respeito aos direitos humanos; 3) Em terceiro lugar, o mito da igualdade legal dos Estados foi destruído e as diferenças de poder e de riqueza têm adquirido importância legal; 4) Em quarto lugar, o direito de os Estados de recorrerem à guerra fica restringido aos casos de defesa própria. O uso punitivo da força fica confiado a um organismo centralizado, o Conselho de Segurança das Nações Unidas.

Para esses autores globalistas, os dois modelos coexistem dentro do sistema jurídico internacional atual, prevalecendo, quando se trata de buscar uma efetividade real, o que Falk chama de “lógica estatista” ou o “individualismo dos Estados”.⁴²³ Tais características “primitivas e individualistas” deveriam ser superadas por uma ordem jurídica internacional, constituindo um verdadeiro “direito cosmopolita” (“*cosmopolitismo legal*”)⁴²⁴.

⁴²³ Constatam que em razão do crescimento das organizações e coletividades internacionais e transnacionais, ONU e suas organizações até movimentos sociais e grupos de pressão especiais, a forma e a dinâmica do Estado e da sociedade foram alteradas. A intensificação dos processos de interconexão regionais e globais, a proliferação dos acordos internacionais e as formas de cooperação intergovernamental para regular o crescimento, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, teriam destruído a distinção entre assuntos externos e assuntos internos, entre política internacional e política doméstica.

⁴²⁴ O *cosmopolitismo legal*, assim denominado por Danilo Zolo, faz parte da perspectiva do *cosmopolitismo institucional* tratada na seção anterior. A posição de Falk e Cassese está, ainda que implicitamente,

David Held, estudando a formação e a atuação do Estado moderno, conclui que tal modelo de Estado é inadequado para solucionar as complexas crises globais. Reconhece que o aparato estatal ainda é decisivo para direcionar as políticas domésticas e internacionais, mas considera que sua estrutura é inadequada para dar conta dos processos de globalização: “*Que el Estado-Nación goce de una persistente vitalidad, no quiere decir que la estructura de los Estado-nación individuales no haya sido afectada por los cambios en la intersección de las fuerzas y relaciones nacionales e internacionales.*”⁴²⁵

Held identifica algumas características dessa mudança no papel do Estado:

fundamentada na teoria kelseniana da primazia do direito internacional, no sentido de sistema legal *original* e a conseqüente negação da soberania do Estado. Kelsen tentou construir uma teoria jurídica monista, oposta ao dualismo e ao pluralismo das fontes de direito internacional. Postulou a exigência do direito internacional como um sistema jurídico unificado que compreendesse todos os demais sistemas, hierarquicamente ordenado sobre tais sistemas. Baseando-se em argumentos estritamente formais de sua “teoria pura do direito”, Kelsen defende que nenhuma idéia de soberania – seja a do próprio Estado ou a de um sistema legal de Estados – pode ser levada em consideração. Portanto, ele rejeita a idéia de que a fonte de direito internacional seja obrigação contratual dos Estados e que a natureza obrigatória das normas internacionais derive de seu reconhecimento, implícito ou explícito, por parte dos governos ou parlamento dos países individuais. Ao contrário, sustenta que o direito interno dos Estados apresenta-se como um “sistema parcial” comparado com a “universalidade e objetividade” do sistema jurídico internacional. Portanto, as normas internas devem adequar-se às normas internacionais e, em caso de conflito entre elas, devem prevalecer as últimas. Assim, em princípio, essas normas podem ser aplicadas por tribunais internacionais sem necessidade alguma de serem transformadas em leis internas. A primazia da ordem jurídica internacional é, para Kelsen, um “postulado epistemológico”, uma hipótese que não se reserva outra alternativa que não seja aceitar caso as relações sociais devam ser interpretadas como relações legais. Não partindo de tal premissa, é logicamente impossível, segundo Kelsen, conceber a idéia de comunidade de Estados dotados de iguais direitos apesar de manifestas diferenças em extensão territorial, população e poder. A partir daí, Kelsen afirma que a primazia do direito internacional e a (progressiva) eliminação das prerrogativas soberanas dos Estados são inseparáveis da idéia de igualdade jurídica dos Estados como sujeitos de direito internacional. Essa afirmação, segundo Zolo, mostra-se incompatível com a lógica jurídica do sistema da Carta das Nações Unidas, pois que esta adota, no seu art. 2º, como genuíno fundamento, o critério da desigualdade formal de seus membros. O art. 23 também estabelece distinções a respeito do território, da quantidade de população e do o potencial econômico. Essa diferença de tratamento entre países somente pode justificar a existência de um vínculo contratual, uma aceitação da Carta das Nações Unidas como uma imposição das grandes potências. Essa teoria está presente em sua obra clássica *Das problem der souveränität* e, trinta anos depois, nos *Principles of international law* e é interpretada por Danilo Zolo em ZOLO. Op. cit., p. 142.

⁴²⁵ Held identifica três processos principais: 1) os processos de interconexão econômica, política, legal, militar e cultural estão transformando a natureza, o alcance e a capacidade do Estado moderno; 2) a interconexão regional-global cria cadeias de decisões e conseqüências políticas entrelaçadas entre os Estados e seus cidadãos que alteram a natureza e a dinâmica dos próprios sistemas políticos nacionais; 3) as identidades políticas e culturais se remodelam e reavivam o calor desses processos, o qual anima a muitos grupos, movimentos e nacionalismos locais e regionais a questionarem o Estado-Nação como sistema de poder representativo e responsável. HELD. Op. cit., pp. 169-170. Chama a atenção o terceiro processo, pois está relacionado com o cosmopolitismo de valores.

perda de um grande espectro de controles, formais e informais, em relação a suas fronteiras; redução da influência que os governos podem exercer sobre as atividades de seus cidadãos; domínios tradicionais da atividade estatal (defesa, gestão econômica, comunicações, sistemas administrativos e legais) não podem ser geridos sem que se recorra a formas internacionais de cooperação; em decorrência disso, os Estados têm aumentado o nível de integração política e econômica com outros Estados por meio de redes regionais ou multilaterais; o resultado foi um importante crescimento de instituições, organizações e regimes para a organização dos assuntos globais (um governo mundial).

Prossegue o autor:

*(...) el Estado moderno está cada vez más atrapado en redes de interconexión mundial permeadas por fuerzas cuasisupranacionales, intergubernamentales y transnacionales, y es cada vez menos capaz de determinar su propio destino. La globalización es retratada como una fuerza homogeneizadora, que lima la "diferencia" política y las capacidades de los Estados-nación para actuar de forma independiente en la articulación y concretización de sus objetivos de política doméstica e internacional (...)*⁴²⁶

Partindo do pressuposto da inevitabilidade do mercado – “(...) *mercado financiero global único que opera día y noche sin detenerse*”⁴²⁷ – entende que os controles e regulamentações nacionais terão sua efetividade cerceada quando se mostrarem incongruentes com as condições internacionais. Em outras palavras: para ele, as normas e regras dos mercados regionais e globais não podem ser transgredidas em longo prazo. A internacionalização da produção, das finanças e de outros recursos econômicos anula a capacidade de um Estado individual de controlar seu próprio futuro democrático.

⁴²⁶ HELD. Op. cit., p. 120.

⁴²⁷ Idem, p. 164.

Diante dessa incapacidade estrutural estatal, Held acredita que a solução deva ser encontrada além das fronteiras estatais. Propõe um “*modelo cosmopolita de democracia*”. Tal modelo incluiria, em curto prazo, as seguintes ações: 1) reforma do Conselho de Segurança da ONU (para atribuir aos países em desenvolvimento uma voz significativa e capacidade de decisão efetiva; 2) criação de uma segunda câmara da ONU (seguindo uma convenção constitucional internacional); 3) maior regionalização política e implementação de um *referendum* internacional; 4) jurisdição obrigatória ante o Tribunal Internacional. Criação de um Tribunal Internacional de Direitos Humanos; 5) fundação de um novo organismo de coordenação econômica no plano regional e global; 6) criação de uma força militar internacional, responsável e efetiva; 7) fortalecimento dos mecanismos de organização da sociedade civil, independentes do Estado e do mercado; 8) experimentação sistemática com diferentes formas de organização democrática da economia; 9) introdução de limites estritos de propriedade privada nas instituições com maior incidência sobre a opinião pública: os meios de informação, etc.; 10) subministração de recursos para aqueles que ocupam posições sociais mais vulneráveis, a fim de que possam defender e articular seus interesses.

E, em longo prazo, as seguintes ações: 1) consolidação do direito cosmopolita democrático: uma nova Carta de Direitos e Obrigações consagrada nos diferentes domínios de poder político, social e econômico; 2) parlamento global (com certas capacidades impositivas) conexo com todas as regiões, nações e localidades. Criação de um tribunal de questões fronteiriças; 3) separação dos interesses políticos e os econômicos; financiamento público das assembleias deliberativas e dos processos eleitorais; 4) sistema legal global interconectado, que incorpore elementos de direito penal e de civil. Criação de um tribunal penal internacional; 5) *accountability* das

agências econômicas internacionais e transnacionais com respeito aos parlamentos e as assembleias, regionais e globais; 6) transferência permanente da capacidade coercitiva do Estado-nação às instituições regionais e globais, com o objetivo de lograr a desmilitarização e de erradicar a guerra; 7) criação de uma multiplicidade de associações e grupos auto-regulados; 8) economia multisetorial e pluralização das pautas de propriedade e posse; 9) definição das prioridades de investimento social por meio da deliberação pública e das decisões de governo, que se mantenham no mercado como mecanismo de regulamentação de bens e do trabalho; 10) renda mensal mínima garantida para todos os adultos que atuem no âmbito do mercado ou no doméstico.

Norberto Bobbio também reconhece o potencial das Nações Unidas em se tornar o centro de um governo global. Para ele, as Nações Unidas,

(...) aunque constituyen un paso adelante con relación a la Sociedad de Naciones, que era una pura y simple asociación entre Estados, no ha dado origen a un superestado, es decir a una forma de conciencia cuyas características fundamentales sean el poder soberano y el monopolio del uso legítimo de la fuerza. Las naciones que se reunieron entonces y todas las que se han ido adhiriendo sucesivamente han seguido siendo Estados soberanos, y no han cedido su monopolio de la fuerza a entidad superior alguna.⁴²⁸

Bobbio aplica o contratualismo hobbesiano de um modo normativo às relações entre Estados e afirma que, para passar de uma situação de anarquia internacional e guerra para um sistema político ordenado e pacífico, é necessário que os Estados individualmente subscrevam tanto o *pactum societatis* como o *pactum subjectionis*.⁴²⁹ Tais pactos são entendidos metaforicamente por Bobbio como procedimentos consensuais em que os Estados conferem a uma “terceira parte” o

⁴²⁸ BOBBIO, N. *Il terzo assente; Una guerra giusta?* Venecia: Marsilio, 1991, p.102-103.

poder de controle coercitivo sobre suas relações e controvérsias potenciais, garantindo assim a paz entre as nações. Na opinião de Bobbio, a solução estaria em “*concentrar el poder en un órgano nuevo y supremo*”, quer dizer, em um “Superestado” ou “Estado Mundial” que detivesse o monopólio legal da força internacional.⁴³⁰

O “*pacifismo cosmopolita*” de Norberto Bobbio respeitaria os quatro estágios seguintes: 1) um pacto preliminar e negativo de não-agressão entre os Estados que propusesse o estabelecimento de uma associação permanente (primeiro *pactum societatis*); 2) um segundo tratado, positivo, pelo qual os Estados acordassem uma série de normas comuns para a resolução de controvérsias, evitando, dessa forma, o recurso ao combate (segundo *pactum societatis*); 3) submissão a um poder comum capacitado para garantir o cumprimento dos pactos anteriores mediante eventual recurso à força (*pactum subjectionis*); 4) Reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais e liberdades civis e políticas, como um meio para evitar que o poder estabelecido de modo consensual degenerasse em um poder despótico.⁴³¹

Por fim, Bobbio acredita que o estabelecimento de uma Sociedade de Nações e, sobretudo, das Nações Unidas, situem finalmente a história das relações internacionais na senda do pacifismo institucional e tornem obsoletas as duas opções tradicionais do passado: a anarquia e a paz impostas por um poder imperial⁴³².

⁴²⁹ Essa análise foi realizada por Danilo Zolo, para quem as raízes do pensamento de Bobbio residem no contratualismo hobbesiano e no federalismo kantiano. ZOLO. Op. cit., p. 60.

⁴³⁰ Lembrando que Bobbio considerou “justa” no sentido de “legal”, “conforme o direito”, a Guerra do Golfo. ZOLO. Op. cit., p. 63.

⁴³¹ Para Bobbio, “La Declaración Universal de Derechos Humanos representa la manifestación de la única prueba por la que un sistema de valores puede considerarse humanamente fundamentado y, por tanto, reconocido esta prueba es el consenso general sobre su validez”. Em consequência, afirma que “respecto a los derechos humanos, el problema grave de nuestro tiempo no es fundamentarlos, sino protegerlos.” BOBBIO, N. *El tiempo de los derechos*, traducción de R. de Asís Roig, Madrid, Sistema, 1991, p. 129 e ss.

⁴³² ZOLO. Op. cit., p. 62.

Richard Falk é defensor do que denomina “*pacifismo institucional e cosmopolita*”. Desde os princípios dos anos setenta, Falk tem trabalhado em propostas concretas para produzir uma “mudança estrutural” no sistema de estados soberanos em busca de uma ordem mundial justa (um amplo projeto globalista e pacifista).⁴³³

Falk considera o “constitucionalismo global” um veículo capaz de conduzir a uma “democracia transnacional”, alicerçada na eficácia do direito internacional e na proteção dos direitos humanos e, em última análise, na preservação da paz e do equilíbrio ecológico do planeta. A base da democracia transnacional residiria em uma “sociedade civil global”, a emergir de uma rede de iniciativas transnacionais espontâneas, especialmente as que estão vinculadas ao globalismo ecológico. As Nações Unidas são, segundo Falk,

*(...) débiles y dependientes; les falta una base financiera y política lo suficientemente segura para poder hacer respetar la Carta contra incluso las más fragrantés violaciones. Son incapaces de enfrentar al uso de la fuerza de los principales estados, y a menudo son ineficaces con relación a las guerras locales y regionales, así como en la lucha contra las violaciones de derechos humanos y la devastación del medio ambiente. Además, las instituciones internacionales siguen teniendo un perfil predominantemente estatal desde el punto de vista conceptual y operativo; tienden a verse dominadas por unos pocos miembros ricos y poderosos que las utilizan para defender sus intereses, prescindiendo de factores normativos, miembros que mantienen una opción militar que pueden usar a su absoluta discreción*⁴³⁴

Para Falk, as Nações Unidas mantêm, em sua estrutura interna e em sua lei orgânica (a Carta das Nações Unidas), capacidade para uma expansão posterior quase ilimitada de suas funções e de sua autoridade; seu papel depende quase absolutamente da vontade política de seus membros, especialmente dos Estados mais influentes, e sua vontade política apresenta-se como um reflexo do exercício de influências

⁴³³ Idem, pp. 65-66.

democráticas.⁴³⁵

2.4 Anticosmopolitismo institucional

Essa corrente reúne autores que não compartilham a suposição globalista, exposta na seção anterior, segundo a qual uma “reforma democrática” nas Nações Unidas seria capaz de trazer paz e justiça social ao Planeta. Danilo Zolo,⁴³⁶ Franz Hinkelammert,⁴³⁷ Noam Chomsky,⁴³⁸ Joaquín Herrera,⁴³⁹ David Sánchez Rubio⁴⁴⁰ são apenas alguns dentre muitos autores que compartilham críticas comuns ao “sistema mundo” comandado pelas grandes potências.

Para identificar os principais pontos de controvérsia entre esta corrente e a anterior, a análise deverá atender a quatro perguntas: Existe igualdade legal entre Estados no modelo da Organização das Nações Unidas? A suposta “anarquia internacional” justificaria um sistema planetário? A paz poderá ser alcançada por meio do direito internacional cosmopolita? Enfim, é necessária a existência de um

⁴³⁴ FALK, R. *Positive prescriptions for the near future*, Princeton, Center for International relations, Paper n.20, 1991, p.11. Apud. ZOLO. Op. cit., p.67.

⁴³⁵ FALK. *Positive ...* Op. cit., p. 8. Apud ZOLO. Op. cit., p. 67-68.

⁴³⁶ Danilo Zolo é um autor que se autodenomina um anticosmopolita. Analisando as perspectivas e riscos de um governo global nos moldes propostos pela corrente trabalhada na seção anterior – *cosmopolitismo institucionalista* –, o autor elabora críticas incisivas que se apoiem em uma perspectiva considerada “realista”, mas salienta que seu realismo não corresponde ao realismo clássico representado por Niebuhr, Morgenthau ou Carr; está mais próximo do neo-realismo de Keohane e, em alguns aspectos, do neo-realismo grociano de Hedley Bull.

⁴³⁷ HINKELAMMERT, Franz. *Cultura de esperanza y sociedad sin exclusión*. Costa Rica, DEI, 1995.

⁴³⁸ CHOMSKY, Noam; DIETERICH, Heinz. *La sociedad global...* Op. cit.; CHOMSKY, Noam. *Novas e velhas ordens mundiais*. São Paulo: Scritta, 1996.

⁴³⁹ HERRERA FLORES, J. “Las lagunas de la ideología liberal: el caso de la constitución europea”. en *El vuelo de anteo*. Bilbao: Desclée, 2000.

⁴⁴⁰ RUBIO, D. Sánchez. “Universalismo de confluencia, derechos humanos y procesos de inversión” en *El vuelo de Anteo*. Bilbao: Desclée, 2000; RUBIO, D. Sánchez. *Filosofía, derecho y liberación em América Latina*. Bilbao: Desclée, 2000.

Estado de direito planetário para que se efetive a proteção internacional dos direitos humanos ?

Com estas indagações, ou autores que trabalham uma espécie de “anticosmopolitismo institucional” ressaltam a importância de um elemento que tem sido muito criticado pelo modelo anterior: o papel do Estado-nação.

2.4.1 Existe igualdade legal entre Estados no modelo da Organização das Nações Unidas ?

Para Zolo, o “modelo da Carta das Nações Unidas” consiste, na realidade, em “*um monstrum normativo*” que carece de justificação jurídica. Partindo de uma análise dentro da ordem jurídica internacional kelseniana, a igualdade legal dos Estados (pressuposto kelseniano) é um mito dentro das Nações Unidas. E mesmo admitindo situações de *fato* nas quais a lógica do poder influencia a estrutura normativa das instituições internacionais (atribuindo uma determinada “plusvalia legal” a certos Estados concretos) a possibilidade de existência de um *cosmopolitismo legal* seria meramente ilusória.

Zolo reconhece que o modelo *westfaliano* – o modelo de equilíbrio e coordenação entre estados soberanos e independentes – é, apesar de seus graves defeitos, juridicamente menos “primitivo” que o modelo da Carta das Nações Unidas.⁴⁴¹

Para Heinz Dieterich, o papel ativo dos estados dominantes na criação da

sociedade política global se evidencia nas reuniões do G-7, oportunidades em que se estabelecem as novas estratégias de atuação do Fundo Monetário Internacional, do Banco Mundial, da Organização Mundial do Comércio e das novas “rodadas” de negociação multilateral e da Organização de Cooperação para o Desenvolvimento Econômico. Para ele,

*Si analizamos el estado actual del sistema mundial y del Estado global, observamos que todas sus esferas de reproducción esenciales están organizadas de manera jerárquica, anti-democrática y explotativa. El orden mundial (...) constituye hoy día un régimen internacional, cuya cúspide de poder político, económico, cultural, social y militar se encuentra en manos de una pequeña oligarquía internacional*⁴⁴²

As já mencionadas teorias neo-realistas de relações internacionais são alternativas teóricas para justificar essa assimetria internacional e a primazia de alguns Estados sobre os demais. Chomsky, comentando as promessas da “Doutrina Clinton”,⁴⁴³ relata alguns trechos anunciados por Samuel Huntington, diretor do Instituto Olin para Estudos Estratégicos de Harvard:

*(...) los Estados Unidos tienen que mantener su 'primacía internacional' em beneficio para el mundo porque su 'identidad nacional' está definida por una serie de valores políticos y económicos universales (...) em particular 'libertad, democracia, igualdad, propiedad privada y mercados'. La promoción de la democracia, los derechos humanos y los mercados son mucho más importantes para la política americana que para la política de cualquier otro país.*⁴⁴⁴

⁴⁴¹ Afirma ainda que seria sensato considerar cautelosa e seletivamente as razões cosmopolitas que advogam a “superação” do “individualismo” de estados a favor de uma solução comunitária. ZOLO. Op. cit., p. 147.

⁴⁴² CHOMSKY, Noam; DIETERICH, Heinz. *La sociedad global ...* Op. cit., p.68.

⁴⁴³ A Doutrina Clinton foi anunciada em setembro de 1993 pelo assessor de Segurança Nacional Anthony Lake nos seguintes termos: “Durante la guerra fría, contuvimos la amenaza global hacia las democracias de mercado: ahora deberíamos tratar de ampliar su alcance. El ‘nuevo mundo’ que se abre ante nosotros presenta inmensas oportunidades para adelantarse a fin de conseguir la victoria de la democracia y de los mercados abiertos.” Idem, p. 15.

⁴⁴⁴ Idem, p. 16.

2.4.2 A “anarquia internacional” justificaria um sistema planetário ?

A característica normativa do modelo *westfaliano* – segundo a qual o sistema jurídico internacional está constituído quase exclusivamente por normas primárias ou materiais, carecendo de normas secundárias ou organizativas – é uma realidade no modelo da Carta das Nações Unidas. A “polícia” legitimada a agir com uso da força – o Conselho de Segurança – recebe ordens de potências individuais, à semelhança do que ocorria na época da Sociedade das Nações.⁴⁴⁵ Ao mesmo tempo, as funções jurisdicionais do Tribunal Internacional de Justiça quase não exercem influência nos demais órgãos das Nações Unidas. O Tribunal somente dita sentenças para dirimir controvérsias entre Estados que previamente tenham aceitado sua jurisdição. Além disso, o Tribunal não dispõe de nenhum tipo de poder para controlar ou aplicar as sanções contra o principal organismo político-militar das Nações Unidas.

Essa situação de precária efetividade do direito internacional é interpretada por Norberto Bobbio como uma *anarquia internacional*.⁴⁴⁶ Segundo esse raciocínio, baseado nas antinomias direito/anomia ou ordem/anarquia, na falta de uma autoridade superior, um ou mais sujeitos podem interpretar as leis internacionais segundo seus próprios interesses. Essa situação de anarquia deveria ser combatida com uma “ordem cosmopolita”.

Mas, em realidade, essa ausência de jurisdição centralizada não equivale a

⁴⁴⁵ Basta lembrar a atuação das Nações Unidas na Guerra do Golfo e as intervenções na Somália, em Ruanda e no Haiti.

⁴⁴⁶ Conforme visto na seção anterior, Bobbio entende que, para passar de uma situação de anarquia internacional e guerra para um sistema político ordenado e pacífico, é necessário que os Estados individualmente subscrevam tanto o *pactum societatis* como o *pactum subjectionis*. BOBBIO, N. *Cercate di attenuare i vostre peccati*. *Liberazione*, 7 de marzo de 1992, p. 9.

uma situação de anomia e anarquia no sentido hobbesiano radical de guerra de todos contra todos; ainda que possa haver guerra, não é possível afirmar que a normalidade das relações entre Estados seja *status statui lupus*.⁴⁴⁷ Os atores estatais não vivem em uma permanente e unilateral situação de conflito de “soma zero”; pelo contrário, mostram tendência a atuar e cooperar na luta pela obtenção de vantagens mútuas.⁴⁴⁸

Além disso, a ausência de uma jurisdição universal e vinculante não exclui a possibilidade de que, em certas condições, um determinado conjunto de questões possa ser considerado e negociado coletivamente pela maioria dos atores internacionais.⁴⁴⁹

A crescente complexidade do entorno internacional e a crescente interdependência entre suas variáveis – ciência, alta tecnologia, telecomunicações, comércio, finanças, etc. – tendem a produzir uma espécie de “governo sem governo”⁴⁵⁰, uma situação na qual a ausência de um governo provido de uma autoridade formal coexiste com o contexto de extensos fenômenos de agregação autorreguladora dos agentes internacionais. Conforme afirma Wilson Ramos Filho,

*(...) muito embora já não seja apropriado falar-se em imperialismos, pode-se admitir que há um centro decisório – não necessariamente geográfico – nas grandes questões estratégicas (...) o ‘centro decisório’ não é físico, não é um lugar. Dito de outro modo: as decisões podem ser tomadas em qualquer lugar do planeta e, nem é necessário que haja uma reunião de pessoas que deliberem, dados os recursos tecnológicos disponíveis*⁴⁵¹.

⁴⁴⁷ ZOLO. Op. cit., p. 149.

⁴⁴⁸ Zolo chama de “anarquia cooperativa” ou “ordem anárquica”.

⁴⁴⁹ Por exemplo, as negociações realizadas e acordadas pelo GATT (na atualidade, Organização Mundial do Comércio).

⁴⁵⁰ Zolo utiliza a expressão *governance without governance*, de James Rosenau. ZOLO, Op. cit., p.151.

⁴⁵¹ RAMOS FILHO, Wilson. *O fim do poder normativo e a arbitragem*. São Paulo: LTr, 1999, pp.80-81.

Essas novas regulamentações e esses novos agentes,⁴⁵² cuja presença contribui para aumentar ainda mais a complexidade da arena internacional, formam parte de um fenômeno de segmentação e de dispersão do poder internacional que se opõe, assim como ocorre com a “soberania” tradicional dos Estados diante da perspectiva de um cosmopolitismo centralizador e hierárquico.⁴⁵³

Milton Santos identifica o poder de algumas potências nesse processo:

*Quando, porém, observamos de perto aspectos mais estruturais da situação atual, verificamos que o centro do sistema busca impor uma globalização de cima para baixo aos demais países, enquanto no seu âmago reina uma disputa entre Europa, Japão e Estados Unidos, que lutam para guardar e ampliar sua parte do mercado global e afirmar a hegemonia econômica, política e militar sobre as nações que lhes são mais diretamente tributárias sem, todavia, abandonar a idéia de ampliar sua própria área de influência. Então, qualquer fração de mercado, não importa onde esteja, se torna fundamental à competitividade exitosa das empresas. Estas põem em ação suas forças e incitam os governos respectivos a apoiá-las. O limite da cooperação dentro da Triade (Estados Unidos, Europa, Japão) é essa mesma competição, de modo que cada um não perca terreno frente ao outro.*⁴⁵⁴

Outros autores, no entanto, reconhecem o poder específico que exerce o Estado norte-americano na estrutura das Nações Unidas. Para Ricardo Quesada,

No es verdad que haya desaparecido el estado y que en su lugar se estableciera una suerte de anarquía universal. En realidad el nuevo orden internacional es resultado de la imposición gubernamental. Es, concretamente, consecuencia de la hegemonía indiscutida de un gobierno que tiene nombre y apellido, el que dirige el imperio

⁴⁵² Segundo Wilson Ramos Filho, “Estes novos ‘atores sociais’, as ‘forças vivas da sociedade’, as ‘forças sociais’, e outros sinônimos são utilizados basicamente para descrever três ordens distintas de ‘instituições’: os organismos empresariais, os blocos econômicos, os grandes conglomerados, por um lado; os movimentos sociais tradicionais, como sindicatos, as centrais sindicais, os partidos de massa, etc., por outro lado, e, por fim, os novos movimentos sociais (NMS), entendidos como totalizações mais ou menos permanentes que compõem a sociedade civil em suas interrelações com o Estado” RAMOS FILHO, Wilson. “Direito pós-moderno: caos criativo e neoliberalismo” em *Direito e Neoliberalismo*, Curitiba: Edibej, 1996, p.97.

⁴⁵³ Zolo, citando uma proposição sistêmica clássica segundo a qual, em condições de elevada complexidade, interdependência e turbulência, a ordem, ainda que de maneira precária e imperfeita, pode emergir espontaneamente da desordem, deixa a pergunta: em presença de elevada complexidade e turbulência do ambiente internacional, uma dose igualmente grande de indeterminação e desordem normativa não pode ser preferível à busca por uma ordem jurídica completa e universal? ZOLO. Op. cit., p. 154.

⁴⁵⁴ SANTOS. Op. cit.

estadounidense. En los últimos años la ONU ha sido más activa que nunca y se ha involucrado en conflictos internos de algunos estados, al socaire de una llamada "diplomacia preventiva" o de la denominada "intervención humanitaria", pseudo-doctrinas impuestas arbitraria y selectivamente según sean los intereses norteamericanos. Cascos azules inspeccionan y controlan elecciones, organizan, establecen y reemplazan gobiernos y dirigen y supervisan policías locales.⁴⁵⁵

Na mesma linha, Emir Sader afirma que:

Nenhum tema importante do mundo contemporâneo pode ser entendido fora do marco da hegemonia norte-americana. Esta cruza de tal forma o plano econômico, tecnológico, comercial, financeiro, político, militar, informativo, midiático, de lazer – entre outros – que o que tentasse ser abordado fora desse marco, provavelmente seria enfocado mal, de forma insuficiente ou provavelmente de forma errada. Trata-se não apenas da vitória de um dos contendores da guerra fria sobre o outro e do estabelecimento de sua hegemonia sobre o sistema internacional no seu conjunto, mas de uma nova modalidade de hegemonia, que se apóia no poderio econômico dos EUA – da sua estrutura produtiva a seu mercado interno –, é articulado por uma capacidade política e militar de intervenção e se multiplica pela rede de aliados e pelo sistema oligopólico internacional de informação e de divertimento, soldados por uma ideologia que se apropriou do conceito de democracia – reductivamente concebida como democracia liberal – e de seu suposto complemento – a economia capitalista de mercado. No seu conjunto, se reestrutura o sistema de poder em escala mundial, sob hegemonia norte-americana, definindo uma nova era na história da humanidade. Nunca um império teve fronteiras tão extensas, nunca conseguiu organizar um bloco no poder constituído por nações tão poderosas como aliados, nunca dispôs de uma ideologia tão amplamente aceita e tão alimentada por uma máquina de propaganda tão universalizada. Esse poderio, por sua vez, busca articular formas de organização desregulada da economia, modalidades de especulação financeira, esquemas de super-exploração sem limites dos trabalhadores, valores egoístas e hedonistas, estilos de vida e de consumo – de forma a construir um mundo à imagem e semelhança do grande capital, monopolista e especulativo, funcional à sua reprodução sem travas.⁴⁵⁶

2.4.3 A paz pode ser alcançada por meio do direito internacional cosmopolita ?

A capacidade de o direito opor-se à guerra ou, ao menos, limitar seus

⁴⁵⁵ QUESADA, Ricardo A. *La dictadura global y la promesa de Jose Martí*. Foro Social Mundial 2001. Biblioteca das Alternativas. Disponível na Internet em <http://www.persocom.com.br/forumglobal/> (14 de julho de 2001).

efeitos destrutivos apresenta-se como uma suposição que deve, inicialmente, superar o pessimismo histórico dos inúmeros acordos frustrados entre países para regulamentar o direito de guerra.⁴⁵⁷ O *ius bellum* apresenta-se como um processo secular que já passou por muitas transformações, desde teorias que fundamentavam “causas justas” da guerra (*justum bellum*), até outras que identificam o caráter “público” do conflito interestatal e a necessidade de estabelecer condições formais e procedimentais para o reconhecimento jurídico do inimigo.⁴⁵⁸

A guerra sempre foi uma opção legítima à disposição de qualquer membro da comunidade internacional. Ao longo dos anos, diversos tratados multilaterais com o objetivo de “humanizar” a guerra foram firmados, proibindo ou limitando o uso de armas venenosas, químicas, gases asfixiantes, minas, etc. Tribunais internacionais foram criados para julgar os crimes de guerra⁴⁵⁹ e os crimes contra a humanidade e a paz. Apesar de todo o esforço, nenhum “regime jurídico” conseguiu estabilizar-se e criar um marco normativo coerente e um sistema de sanções efetivo.

Nunca se proibiu o lançamento de bombas com a utilização de aviões, assim como nunca houve uma proibição formal para o uso de armas atômicas ou nucleares; pelo contrário, os países continuam a desenvolver novos armamentos, cada

⁴⁵⁶ SADER, Emir. *Soberania e democracia na era da hegemonia norte-americana*. Foro Social Mundial 2001. Biblioteca das Alternativas. Disponível na Internet em <http://www.persocom.com.br/forumglobal/> (14 de julho de 2001).

⁴⁵⁷ Uma fonte importante para a compreensão da ação dos Estados no plano internacional, tomando em consideração os fatores geográficos, as condições demográficas, as forças econômicas, o sentimento nacional, o sentimento pacifista e as características do “homem de Estado” trata-se do estudo de RENOUVIN, P. e DUROSELLE, J.B. *Introdução à história das relações internacionais*. São Paulo: Divisão Européia do Livro, 1967.

⁴⁵⁸ Pacto de Briand-Kellogg de 1928 que fixou os procedimentos para prevenir, ritualizar e controlar internacionalmente a guerra.

⁴⁵⁹ Vários tribunais *ad hoc* foram criados pelas Nações Unidas para o julgamento de responsáveis por graves violações aos direitos humanos e prática de genocídio: a) Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (que atuou de 20.11.1945 a 01.10.1946); b) Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente (Tribunal de

vez mais potentes e cada vez mais surpreendentes. Os tribunais internacionais sempre foram organizados pelas grandes potências. Cabe aos “vencedores” o papel de juizes, enquanto que no banco dos acusados sempre existe algum bode expiatório ou “exemplo” punitivos para os demais. Julgar vencedores é algo impronunciável.⁴⁶⁰

O “modelo da Carta das Nações Unidas” substitui o direito de guerra próprio do modelo *westfaliano*, com a elaboração de um mecanismo de concentração de poder militar nas mãos do Conselho de Segurança.⁴⁶¹ A Carta proíbe o uso da força pelos Estados e reduz drasticamente o direito de defesa de um Estado que seja militarmente atacado, concedendo-lhe a faculdade de resistir provisoriamente ao ataque à espera de intervenção do Conselho de Segurança, que possui poder ilimitado, discricionário e incontrolável para restabelecer a ordem recorrendo ao uso da força que considerar necessária.

Diante desse contexto, muitos políticos e juristas cosmopolitas têm elaborado propostas de intervenções normativas sob a bandeira da antinomia radical entre guerra e direito. Tais propostas incluem a qualificação formal de qualquer iniciativa de guerra como um crime contra o direito internacional, a proibição de todo instrumento bélico, a criação de uma polícia internacional dependente das Nações Unidas que detenha o monopólio mundial do uso da força, o conseqüente desarmamento dos Estados, a criação de um código penal internacional e um tribunal

Tóquio, que atuou de 03.05.1946 até 12.11.1948); c) Tribunal Penal para a ex-Iugoslávia (estabelecido em 22.02.1993); d) Tribunal Penal para Ruanda (criado em 08.04.1994).

⁴⁶⁰ ZOLO, Op. cit., p. 158.

⁴⁶¹ Dentre os mais recentes fatos que envolvem o Conselho de Segurança da ONU destacam-se a criação do Tribunal Internacional para a antiga Iugoslávia e de outro para Ruanda. E já se estuda a criação de um Tribunal Penal Internacional, com competências universais e permanentes para a repressão de crimes contra a humanidade e crimes de guerra cometidos em qualquer lugar do mundo.

penal internacional.⁴⁶²

Essas propostas encontram-se fundamentadas no suposto racionalista da possibilidade de “desarmar os Estados” e “abolir a guerra”, confiando tal tarefa aos instrumentos normativos⁴⁶³ (à criação de um poder jurídico mundial, racional, absoluto, soberano).

Tal raciocínio segue a lógica da “destruição do inimigo”,⁴⁶⁴ na busca dos “motivos justos” em nome da ordem mundial. Segundo Zolo, esse pacifismo jurídico traz o risco de re-introduzir a arcaica idéia de *justum bellum*⁴⁶⁵ que o direito internacional moderno, constituído após a paz de *Westfália*, conseguiu eliminar.

2.4.4 Enfim, é preciso um Estado de direito planetário para que se efetive a proteção internacional dos direitos humanos ?

Richard Falk e Antonio Cassesse acreditam que somente uma instituição supranacional, baseada no “modelo da Carta das Nações Unidas”, disporia de condições de assegurar uma proteção eficaz dos direitos humanos. Essa afirmação fundamenta-se em uma série de suposições: 1) supõe-se que a doutrina dos direitos

⁴⁶² ZOLO. Op. cit., p.159.

⁴⁶³ “*La idea del desarme general y completo es relegada al olvido y nadie recuerda ya el dividendo para la paz y el desarrollo del que se hablaba cuando regía el enfrentamiento entre el este y el oeste. Por el contrario se nos amenaza hoy con un armamentismo desaforado, completamente absurdo después que desapareció la Unión Soviética y que obligaría a un derroche de recursos que sólo beneficiará al complejo militar industrial. Aumentarán los peligros de destrucción del medio ambiente, crearán instrumentos para presionar y someter a otros estados y para engañar a los trabajadores norteamericanos y negarles lo que ellos necesitan para vivir y para curar y educar a sus hijos.*” QUESADA. Op. cit.

⁴⁶⁴ Relembrando os ensinamentos de Franz Hinkelammert, trata-se da *violação legítima dos direitos humanos*, pela qual legitimamente se faz a supressão dos direitos do violador de direitos: *não matarás* converte-se em *matar aquele que matou*, invertendo a norma em uma relação crime-castigo: *“nenhum respeito dos direitos humanos para aqueles que sejam inimigos dos direitos humanos.”* HINKELAMMERT. Op. cit., p. 141.

⁴⁶⁵ A doutrina cristã medieval da “guerra justa” pretendia definir os limites morais da guerra.

humanos possa ser defendida racionalmente e que, portanto, seja universal; 2) supõe-se que os direitos humanos sejam “direitos” no pleno sentido da palavra, isto é, que possam ser definidos e delimitados com precisão, como “direitos positivos” vinculantes juridicamente e não somente adstrita ao plano moral; 3) supõe-se que a proteção dos direitos humanos não possa ser adequadamente garantida pelos Estados-nação, sejam liberais ou democráticos; 4) supõe-se que a proteção universal dos direitos humanos exija o abandono gradual do princípio *westfaliano* da não-intervenção de um Estado ou entidade internacional em “assuntos internos” de um Estado soberano; fundamenta-se assim o direito e o dever da intervenção *humanitária*;⁴⁶⁶ 5) por último, supõe-se que a proteção internacional dos direitos humanos implique necessariamente a idéia, já mencionada, de “constitucionalismo global”, ou seja, requeira que o modelo europeu de Estado de direito⁴⁶⁷ seja adotado como paradigma da instituição supranacional destinada a substituir o Estado; uma “*cosmópolis* de Direito” baseada em valores políticos ocidentais.

Apesar de um forte poder de atração, tais proposições não conseguem responder à existência de paradoxos. Dois bilhões de pessoas – praticamente a metade da população mundial – sofrem atualmente pela ausência de condições dignas de vida ou pela violação sistemática dos direitos fundamentais, normalmente reconhecidos por qualquer Estado de direito ocidental (ainda que reconhecimento não signifique necessariamente proteção).

Tais violações compreendem uma grande série de atrocidades e atos

⁴⁶⁶ ZOLO. Op. cit., p. 163. A doutrina globalista dos direitos humanos tende a construir a perspectiva de uma “cidadania cosmopolita”: uma cidadania e um sistema jurídico sem fronteiras, em que se protegem os direitos fundamentais (civis, políticos, sociais e culturais) de todos os homens.

violentos: genocídio, tortura, execuções sumárias, desaparecimentos, assassinatos políticos, violência contra crianças, mutilações sexuais, venda de órgãos humanos, escravidão, detenções ilegais, maus tratos a refugiados políticos e imigrantes, aplicação da pena de morte, tratamento degradante a presos, exploração da prostituição infantil, tráfico de mulheres, discriminação racial e acima de tudo, fome e pobreza.

Na II Conferência de Direitos Humanos das Nações Unidas, realizada em Viena em 1993, pela primeira vez se enfrentaram seriamente as idéias de direitos humanos incompatíveis. Por um lado, postavam-se as teses ocidentais, de universalidade e indivisibilidade dos direitos fundamentais, derivadas implicitamente da idéia de homogeneidade cultural e moral de “sociedade civil planetária”; por outro lado – reunindo muitos países latino-americanos, Cuba e China – colocava-se a tese segundo a qual a condição necessária para qualquer iniciativa jurisdicional em relação aos direitos humanos deveria propugnar pelo firme compromisso de adotar questões globais e “coletivas” de desenvolvimento econômico e social, ou seja, pela luta contra a pobreza e contra a dívida do Terceiro Mundo. Tais países denunciaram a ideologia da “intervenção humanitária” como uma nova forma de “hegemonismo” por parte dos países ocidentais, acusando-os de tentar aproveitar-se do fim do equilíbrio bipolar para impor seus valores, seu sistema político e sua supremacia econômica ao resto do mundo. O choque foi ainda maior a respeito da proposta estadunidense de criação de um Alto-Comissionado para os Direitos Humanos, que atuaria no âmbito das Nações Unidas com amplos poderes de controle e intervenção.

Zolo acrescenta outros dois argumentos às teses desses países. Em primeiro

⁴⁶⁷ Zolo identifica algumas instituições comuns ao modelo europeu de Estado de direito: princípio da legalidade, independência política dos juízes, separação entre o direito e a moral, limitação da esfera política, proteção da propriedade privada.

lugar, diz que aqueles que, como Bobbio e Held, propõem a criação de tribunais penais internacionais e sustentam que os direitos humanos somente serão garantidos quando for reconhecido a cada indivíduo o poder de apelar a instâncias jurisdicionais superiores às do Estado, indubitavelmente alinhadas com o “império do governo da lei”, esquecem-se de um problema delicado: a “justiça no caso individual” e, conseqüentemente, o “juízo justo”. A despersonalização e a abstração seriam as características dominantes da administração de uma justiça cosmopolita. Ele acredita que, mesmo na forma mais liberal e democrática do “constitucionalismo mundial”, o controle jurisdicional seguirá apresentando-se como mera ficção institucional, posto que os órgãos de aplicação coercitiva da ordem internacional coincidem atualmente com os aparatos militares em poder de um pequeno número de potências formalmente seletas, e que detém privilégios graças a seu grande poder econômico e militar.

Excluindo a possibilidade de desarmamento unilateral dos Estados e a renúncia voluntária da “estabilidade hegemônica” das grandes potências,⁴⁶⁸ o plano para a maior concentração de poder internacional, seguindo o paradigma da Carta das Nações Unidas, acabaria na criação de uma instituição absolutamente “soberana” e incontrolável que, conseqüentemente, faria que a proteção dos direitos e a luta pela paz restassem em situação ainda mais precária.

Para Zolo, antes de buscar uma estratégia jurídica, faz-se necessário atuar no plano político e econômico para superar os aspectos anárquicos do modelo de *Westfália*: “*Es posible convertir, por emplear el léxico de Thomas Kuhn, el paradigma*

⁴⁶⁸ Esse raciocínio teria que assumir a responsabilidade por uma ingenuidade ideológica (*wishful thinking*).

*del Leviatán planetario en el paradigma de Lilliput ?*⁴⁶⁹

Nessa mesma linha, Christian Caubet conclui que:

*Uma nova ordem de defesa solidária latino-americana deve ser iniciada. O primeiro passo neste sentido, talvez possa ser dado a partir da própria conscientização da disparidade entre os países latino-americanos, que apenas os justapõem geopoliticamente, mas não os une politicamente. Trata-se de uma questão de direitos humanos sobremodo, que passa pela redemocratização dos países da América Latina. Examinando-se o problema sob a ótica brasileira, pode-se dizer que o problema a ser enfrentado deve começar a partir da solidificação de um elo muito forte entre os países da América do Sul, primeiramente. Os tratados bilaterais podem contribuir muito neste sentido.*⁴⁷⁰

3 O sistema americano no contexto cosmopolita

Levando em consideração o papel do Estado-nação, a universalidade dos direitos humanos e a necessidade ou não de formação de um governo global, as três perspectivas descritas na seção anterior podem ser resumidas no seguinte quadro:

⁴⁶⁹ Guliver contra os habitantes no reino de Lilliput, o personagem sempre grande demais (no país de Lilliput) ou pequeno demais (na terra de Brobdingnag) em relação às pessoas que o cercavam. ZOLO. Op. cit., p. 170.

⁴⁷⁰ CAUBET, "Legitimidade democrática ..." Op. cit., p. 74.

	COSMOPOLITISMO NORMATIVO	COSMOPOLITISMO DE VALORES	COSMOPOLITISMO INSTITUCIONAL	ANTI- COSMOPOLITISMO INSTITUCIONAL
ESTADO-NAÇÃO	Ênfase no papel do Estado-Nação como importante espaço de luta por direitos, mas que deve somar esforços com a esfera internacional	Críticas ao papel do Estado e à sua incapacidade de gerenciar a proteção efetiva dos direitos humanos	Críticas ao papel do Estado e à sua incapacidade de gerenciar a proteção efetiva dos direitos humanos	Reconhecimento do Estado-Nação como ator essencial na definição da política internacional e nos jogos de força para o estabelecimento de regras sociais, econômicas, culturais, políticas, militares, etc
UNIVERSALISMO	Adota o universalismo do "sistema universal" das Nações Unidas	Críticas ao modelo universal da ONU, por considerá-lo uma imposição da cultura ocidental	Adota o universalismo do "sistema universal" das Nações Unidas	Críticas ao modelo universal da ONU, por considerá-lo uma imposição da cultura ocidental e um instrumento de manutenção da ordem econômica e política mundial
GOVERNO GLOBAL	As propostas incluem a necessidade de uma maior interação entre direito internacional e direito interno para a proteção dos direitos humanos, assim como um maior comprometimento dos Estados em cumprir os direitos convencionados ou responder por condenações de violação de direitos, mas não necessariamente valendo-se de uma organização global com poderes supra-estatais	Algumas propostas incluem a existência de um governo global de democratização das Nações Unidas ou do nascimento de outra instituição. Mas o mais importante é ter em mente a cidadania planetária, sentir-se cidadão do mundo em qualquer lugar do Planeta.	Acreditam que somente um governo mundial democrático poderá ser capaz de responder aos desafios da globalização. Esse governo deve se estruturar com base na democratização das Nações Unidas	São contrários ao estabelecimento de um governo global por não acreditar na possibilidade real de democratizar as Nações Unidas. Consideram que o estabelecimento de uma instituição com poderes supranacionais agravaria ainda mais a distância entre as grandes potências e os países dependentes

Cabe aqui uma ressalva. A idéia de reproduzir as principais características de cada uma dessas correntes em um quadro explicativo tem como finalidade apenas destacar pontos particularmente importantes para o estudo da proteção dos direitos humanos. Muitas vezes as diversas teorias que tratam dos direitos humanos podem reunir mais de uma forma de cosmopolitismo ou compartilhar as mesmas críticas feitas a começar de uma postura contrária à instituição de um governo global.

Por exemplo, o pensamento de Edgar Morin pode transitar por todas as correntes. O autor é um feroz crítico do modelo de imposição cultural favorecido pelas Nações Unidas, mas não descarta a possibilidade de que essa instituição possa ser democratizada (reunindo elementos do *cosmopolitismo institucional* e a crítica do *anticosmopolitismo institucional*): Segundo Morin:

Uma nova geopolítica deve surgir. A geopolítica do planeta seria, não centrada nos interesses das nações e impérios, mas descentralizada e subordinada aos imperativos associativos. Ela só poderia se impor fazendo convergir caminhos de aproximação múltiplos. A ONU deveria ser o centro desses descentramentos, ao mesmo tempo em que um poder de polícia planetária que intervisse quando um Estado agredisse um outro Estado, um povo, uma etnia, até que se pudesse dispor de suficientes forças democráticas mundiais e forças de ação capazes de restabelecer a democracia onde quer que ela fosse derrubada⁴⁷¹

A finalidade da sua proposta cosmopolita inclina-se para a transnacionalização de valores (por isso seu pensamento faz parte do *cosmopolitismo de valores*), objetivo que pode ser atingido também pelo funcionamento dos diversos sistemas de proteção dos direitos humanos (*cosmopolitismo normativo*).

Nota-se, contudo, que, para esse autor, o tradicional modelo de Estado mostra-se inadequado para dar conta da complexidade do real. Ele sustenta a

superação do Estado nos seguintes moldes:

A superação do Estado-nação não é sua liquidação, mas sua integração em associações mais amplas, a limitação de seu poder absoluto de vida e de morte sobre as etnias e sobre os indivíduos – é neste sentido que se poderia conceber um “direito de injerência” – mas com a manutenção de todas as competências para os problemas que ele pode regular em seu nível (princípio da subsidiaridade).⁴⁷²

Essa proposta segue na contra-mão da perspectiva do *cosmopolitismo normativo* e, até certo ponto, também do *anticosmopolitismo institucional*, que identificam a vivacidade do papel do Estado-nação. As propostas que seguem a linha defendida por Morin, por Boaventura de Sousa Santos, por Milton Santos e tantos outros que advogam a necessidade de diálogo intercultural, universalismo de confluência, etc. são altamente sedutoras para alimentar o sonho de uma sociedade justa e fraterna, mas não são suficientes para atender situações emergenciais que afetam uma sociedade marcada pelo modelo tradicional de Estado.

Conforme descreveu Zolo, a “ordem internacional” ainda está completamente marcada pelas assimetrias entre Estados. A geopolítica e a geoeconomia caminham juntas, promovendo os objetivos da “ética de mercado totalizante”. Uma das poucas possibilidades que restam aos Estados dependentes é a reunião de forças para um enfrentamento ante as imposições comerciais.⁴⁷³

Ao contrário do que sustenta Giddens – Estado mínimo, promocional do

⁴⁷¹ MORRIN. *Terra-Pátria*. Op. cit., p. 123.

⁴⁷² Complementa dizendo que: “*A superação do Estado-nação rumo a associações mais amplas só pode ser vivida, portanto efetiva, se os europeus reconhecerem uma qualidade patriótica à Europa, os africanos à África, os latino-americanos à sua América etc., e se cada um e todos reconhecerem essa qualidade à Terra, ela própria matéria e pátria de todos os humanos.*” Idem, p. 122.

⁴⁷³ Essa tese da integração entre economias periféricas latino-americanas tem sido muito discutida nos últimos anos, dada a proximidade de concretização do projeto de Área de Livre Comércio das Américas (ALCA), previsto para 2005.

capital e estruturado sob o trabalho informal⁴⁷⁴ – o Estado deve ser forte para que possa assegurar prerrogativas sociais aos cidadãos. Esse é o grande mérito do *cosmopolitismo normativo*, que aposta no papel do Estado como ente que pode assegurar os direitos humanos. O resgate da soberania estatal apresenta-se como um objetivo mais concreto do que a realização do *pactum societatis*, como o *pactum subjectionis* defendido por Norberto Bobbio.

O sistema americano enquadra-se nessa perspectiva (*cosmopolitismo normativo*). Os avanços conquistados até o presente representam o reconhecimento e a consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos. O espaço jurídico representa, como visto, a ordem instituída, mas também pode significar espaço de luta e emancipação. Clèmerson Merlin Clève, analisando o âmbito jurídico como esfera de legitimação da ordem instituída, salienta que:

A reprodução ideológica no interior do próprio jurídico pode ser compreendida, portanto, através da leitura ideológica do próprio discurso jurídico. Uma leitura desmistificadora que coloque em aberto os efeitos místicos da linguagem. Mas que também explique o modo como essas funções da linguagem determinam o universo de significações ideológicas e como, através do poder do discurso, as significações têm uma ação de retorno na estrutura social.”

O constitucionalista paranaense parte do princípio de que o direito é “*uma mediação específica e um terreno de confrontação de classes*”. Para Clève, o direito pode ser visto, pelo menos, em quatro instâncias:

“1. Como aparelho: primeiro, como parte do aparelho repressivo do estado, confundindo-se com a ação de aparatos com a justiça, a polícia e, atualmente, até com a administração pública. Depois, como aparelho ideológico de estado, isto é, como instância que funciona através da ideologia (prevalentemente) com a pretensão de fazer da representação do social, o próprio social, o que possibilita a reprodução das condições sócio-econômicas estabelecidas. Aqui, o direito pode se confundir com o estado. 2. Como técnica: ou seja, como instância racional-materializadora da primeira, ensejando, aí, a própria aparente especificidade do direito. Neste caso, o direito seria a soma da lei, da técnica judiciária e da dogmática jurídica. Direito, como ideologia, a

⁴⁷⁴ GIDDENS. Op. cit., p. 44.

serviço da resolução de conflitos para manter a ordem. 3. Como instância de micro-poderes: direito não no sentido mais restrito, propriamente legal, mas no sentido mais abrangente. Político, jurídico, não institucional, com os discursos interiorizados pela disciplinarização do cotidiano, via políticas das normalizações. Aqui o direito se confunde, muitas vezes, com a moral, com a ética e a ideologia incubadas. 4. Finalmente, como espaço de luta, terreno de confrontação de forças sociais; de onde resultam a forma e a dinâmica do direito. Neste caso, o direito se identifica com o político.⁴⁷⁵

Os métodos interpretativos – como a já mencionada *interpretação progressista do direito* – são capazes de conduzir a resultados positivos em benefício dos direitos humanos, utilizando-se de técnicas de redefinição de termos vagos ou ambíguos. Na opinião de Clève,

A semiologia pode (...) contribuir imensamente no sentido de desmistificar os vazios semânticos intencionais (ou não?) contidos no discurso jurídico, bem como para detectar o processo de reprodução ideológica desse discurso. Evidentemente, no plano das lutas políticas, as contribuições críticas da semiologia, se válidas, são limitadas. E elas não deixam (as contribuições críticas da semiologia) também de se constituir em práticas políticas necessárias para a efetiva compreensão da função social que o direito assume no estado capitalista. Até porque a opção teórica assumida jamais deixa de estar vinculada a uma opção política anterior.

Entretanto, o que se tentou demonstrar – com o auxílio de cientistas políticos, internacionalistas, filósofos, economistas, etc. – é que tais avanços normativos são limitados à existência e funcionamento do sistema dominante. As conquistas são lentas e discretas. Pode-se inclusive afirmar que o papel dessas instâncias supranacionais na proteção de violações de direitos humanos é insignificante se comparado com o número e com a qualidade das violações existentes.⁴⁷⁶ O *paradoxo fundamental* denuncia o limite do sistema americano de

⁴⁷⁵ CLÈVE. *Temas ...* Op. cit, pp. 83-84.

⁴⁷⁶ Também poderia se afirmar que algumas iniciativas não-estatais – trabalhos assistenciais, cooperativas, organizações da sociedade civil, voluntariado, sindicatos, etc – apresentam resultados muito mais efetivos que anos de trabalho na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Reconhece-se, no entanto, que o papel importante desse organismo internacional vai além dos casos concretos sentenciados, e logra atribuir aos direitos humanos autonomia em relação ao direito estatal (autonomia que anos de luta da sociedade civil não seriam capazes de lograr).

proteção de direitos humanos e do sistema como um todo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como resultado final dessa investigação, que pretendeu confrontar, mediante análise procedimental, os limites e avanços do sistema americano de proteção de direitos humanos com a realidade do *paradoxo fundamental*, algumas considerações podem ser apresentadas:

1. O sistema americano de proteção de direitos humanos encontra-se, assim como os demais sistemas internacionais de proteção de direitos humanos, em processo de expansão na efetivação de direitos em razão de avanços procedimentais e do esforço de países em aderirem à jurisdição obrigatória dos tribunais internacionais;

2. Também se pode afirmar que cada vez mais se difunde o suposto consenso da universalização dos direitos humanos. Os princípios que sedimentam a base do conceito de direitos humanos definidos pelo sistema universal – “democracia” e “desenvolvimento” – são difundidos por todo o planeta mediante convenções internacionais, fóruns, congressos, acordos bilaterais, multilaterais, documentos, além do *marketing* interno ditado pelos governos à sociedade.

3. Por outro lado, com o aumento do volume das violações de direitos humanos, também avançam as críticas ao suposto consenso quanto à universalização. A “sociedade” – principalmente por intermédio de organizações da sociedade civil – passa a questionar o “modelo ONU de proteção de direitos humanos”, que não incorpora (não tolera) o “diferente”, entendido como aquilo (modelo de Estado, modelo de desenvolvimento, conceito de direitos humanos, valores e princípios distintos) que põe em risco a continuidade do modelo dominante;

4. Em posição intermediária entre os que apostam cegamente em um sistema internacional de proteção dos direitos humanos e os que propõem a extinção da ONU, estão aqueles que reconhecem a importância das instâncias supranacionais de proteção de direitos, mas reservam críticas severas ao modelo de imposição cultural, político e econômico que tem sido conduzido pelas Nações Unidas. Esse posicionamento parece o mais acertado para o fim de proteger direitos humanos a curto e médio prazo. Tão irrealista parecem ser as posturas daqueles que acreditam na paz mundial alcançada por um governo mundial democrático, quanto daqueles que adotam uma postura de negação frente a qualquer tentativa de reformulação das instituições tradicionais (do Estado-Nação, do direito, dos princípios da soberania, dos conceitos de cidadania, democracia, desenvolvimento etc.);

5. Nesse sentido, o direito exerce um papel extremamente relevante. Como visto no capítulo sobre as peculiaridades do sistema americano, o direito internacional de proteção dos direitos humanos tem sido capaz de apresentar resultados positivos. O resultado não deve ser medido pela quantidade de casos julgados ou vítimas indenizadas, mas na capacidade de organismos supranacionais interferirem na relação tradicional do Estado para com seu cidadão, redefinindo um dos principais princípios estatais: a soberania;

6. No Brasil, a possibilidade de atuação na proteção internacional dos direitos humanos apenas principia. Com a aceitação da competência jurisdicional obrigatória da Corte, as denúncias se multiplicam, assim como também os organismos governamentais e não-governamentais para a proteção dos direitos humanos por todo o país;

7. A superação da *limitação fundamental* exigirá perseguir o *mínimo universalizável*, o mínimo comum em cada uma das diferentes culturas, ou seja, a “*possibilidade de lutar por seus direitos*”. Essa possibilidade é ampliada com o desenvolvimento dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRAMOVICH, Victor, COURTIS, Christian. *Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales*. Mimeografado.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid: 1997.
- ALVES, Giovanni. *O novo (e precário) mundo do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 2000.
- BARCELONA, Pietro. *O egoísmo maduro e a insensatez do capital*. São Paulo: Ícone, 1995.
- BERGER, P. e LUCKMANN, T. *Construção social da realidade*. Buenos Aires: Amorrortu, 1997.
- BICUDO, Hélio. Estratégias para a Promoção da Punibilidade das Violações dos Direitos Humanos. Seminário Direitos Humanos no Século XXI, 10 e 11 de setembro de 1998, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, Fundação Alexandre Gusmão, Rio de Janeiro. Disponível na Internet em www.mre.gov.br/ipri (14/07/2001).
- BOBBIO, N. *Cercate di attenuare i vostre peccati*. Liberazione, 7 de marzo de 1992.
- _____. *El tiempo de los derechos*, traducción de R. de Asís Roig, Madrid: Sistema, 1991.
- _____. *Il terzo assente; Uma guerra giusta?* Venecia: Marsilio, 1991.
- BOURDIEU, Pierre. *Poder, derecho y clases sociales*. Bilbao: Desclée editora, 2000.
- BRANDÃO, Marco A. Diniz. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e seu aperfeiçoamento no limiar do século XXI*. Seminário Direitos Humanos no Século XXI, 10 e 11 de setembro de 1998, Rio de Janeiro,

- COHN, Haim H. "International fact-finding processes, and the rule of law" *The Review* (International Commission of Jurists) num. 18, Jun 1977.
- COMPARATO, Fábio K. *A democratização do poder mundial*. Foro Social Mundial 2001. Biblioteca das Alternativas. Disponível na Internet em <http://www.persocom.com.br/forumglobal/> (14/07/2001).
- CONTRERAS PELÁEZ. *Derechos sociales: teoria e ideologia*. Madrid, 1994.
- CORTINA, Adela. *Ciudadanos del mundo: hacia una teoría de la ciudadanía*. Madrid: Alianza, 1997.
- DALLARI, Pedro. *Constituição e relações exteriores*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- DELÉAGE, Jean-Paul. Pensamiento crítico vs. pensamiento único. Madrid: *Le Monde Diplomatique*, edición española. Temas de Debate, 1998.
- DENIS, José. Seminario: *Teorías económicas y desarrollo*. Curso Doctorado Derechos Humanos y Desarrollo, de 29 de enero a 2 de febrero de 2001.
- DWORKIN, Ronald. *Ética privada e igualitarismo político*. Barcelona: Paidós, 1993.
- ETXEBERRIA, Xabier. *Lo "humano irreductible" de los derechos humanos*, Bilbao: Cuadernos Bakeaz n. 28, 1988.
- _____. "Los derechos humanos: universalidad tensionada de particularidad" en *Los derechos humanos, camino hacia la paz*. Zaragoza: Gobierno de Aragón, 1997.
- FALK, Richard. *Positive prescriptions for the near future*, Princeton: Center for International relations, Paper n.20, 1991.
- FERNANDEZ, E. *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Madrid: Debate, 1987.
- FERNANDEZ SÁNCHEZ, P. A. *La responsabilidad internacional de España en el llamado caso Bultó*. PJ, num, 17, 1990.
- _____. *Las obligaciones de los Estados en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 1987.

FERNANDEZ, E. *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Madrid: Debate, 1987.

FERRAJOLI, L. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 1995.

FORRESTER, Viviane. *Una extraña dictadura*. Barcelona: Anagrama, 2001.

GEORGE, Susan. *Informe Lugano*. Barcelona: Encuentros, 2001.

GIDDENS, Anthony. *La tercera vía e sus críticos*. Madrid: Taurus, 2001.

_____. *Para além da esquerda e da direita*. São Paulo: UNESP, 1995.

HABERMÁS, J. *Conciencia moral y acción comunicativa*. Barcelona: Península, 1991.

HANS, J. *El principio de responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Barcelona: Herder, 1995.

HAYEK, F. v., *Law, legislation and liberty*. Londres, 1976.

_____. A. *Los fundamentos de la libertad*. 5ª ed. Madrid: Unión Editorial, 1991.

HELD, D. *La democracia y el orden global*. Barcelona: Paidós, 1995.

HERNANDEZ, C.Escobar. *Problemas planteados por la aplicación en el ordenamiento español de la sentencia Bultó* (Comentario a la STC 245/1991 de 16 de diciembre). RIE, 1992.

HERRERA FLORES, J. *Los derechos humanos en la escuela de Budapest*. Madrid: Tecnos, 1989.

_____. "Las lagunas de la ideología liberal: el caso de la constitución europea" in *El vuelo de Anteo*. Bilbao: Desclée, 2000.

_____. "Elementos para una teoría crítica de los derechos humanos" in *El vuelo de Anteo*. Bilbao, Desclée, 2000.

HINKELAMMERT, Franz, *Cultura de la esperanza y sociedad sin exclusion*, Costa Rica: Departamento Ecuménico de Investigación (DEI), 1995.

_____. *Democracia y totalitarismo*, Costa Rica: Departamento Ecuménico de Investigación (DEI), 1990.

_____. Mimenografiado. Seminario: *Los derechos humanos frente a la globalidad del mundo*. Curso Doctorado Derechos Humanos y Desarrollo, de 5 a 9 de febrero de 2001.

HURRELL, Andrew. "Sociedade internacional e governança global". *Revista Lua Nova*, n. 46, 1999.

IANNI, Otávio. *Teorias da Globalização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

ISA, Felipe G. *El derecho al desarrollo*. Bilbao: Universidad de Deusto, 1999.

JIMENEZ de ARECHAGA, E. *El derecho internacional contemporáneo*. Madrid: Tecnos, 1980.

KEOHANE, Robert O., *After hegemony: cooperation and discord in the world political economy*. Princeton: Princeton University Press, 1984.

LÓPEZ CALERA, N. *Naturaleza dialéctica de los derechos humanos*, Buenos Aires: Anuario de Derechos Humanos, n.º 6, 1990.

LUCAS, J. de. "¿Para dejar de hablar de la tolerancia?" *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 7, 1990.

_____. *El impacto del multiculturalismo en las concepciones de derechos humanos*. In. Seminario Doctorado Derechos Humanos y Desarrollo, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, 22 a 26 de enero de 2001.

LUCAS, J. de. y AÑÓN, M. J.. "Necesidades, razones, derechos", *Doxa: Cuadernos de Filosofía de Derecho*, n.º7, 1990.

- MAZZUOLI, Valério de O.; RAMOS, Nydia M.B. *Ilegalidade da prisão civil do devedor-fiduciante face a derrogação do art. 1.287 do Código Civil pelo Pacto de San Jose da Costa Rica*. ITE, 2001.
- MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. Lisboa: Estampa, 1994.
- MIRANDA, Nilmário. *Direitos humanos em transição*. Disponível na Internet em <http://www.cepet.ufmg.br/bacp/agosto010/miranda010.html> (14/07/2001)
- MORIN, Edgar. *Para sair do século XX*. São Paulo: Nova Fronteira, 1981.
- MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. *Terra-patria*. Porto Alegre: Sulina, 1993.
- MOURÃO, Priscila de Paula. *Depositário*. Revista Consulex – Ano III, nº 26, fevereiro/1999.
- NINO, C. S. *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. Barcelona: Ariel, 1989.
- NIKKEN, P. “El concepto de derechos humanos”, en *Estudios Básicos de Derechos Humanos I*. San José, 1994.
- _____. *La protección internacional de los derechos humanos*. Madrid: Civitas, 1987.
- NOZICK, R. *Anarquia, Estado y Utopía*. México: Fondo de Cultura Económica, 1988.
- PANIKKAR, Raimon. *El espíritu de la política*, Barcelona: Península, 1999.
- PATOMAKI, Heikki. *A Taxa Tobin e a democratização global*. Foro Social Mundial 2001. Biblioteca das Alternativas. Disponível na Internet em <http://www.persocom.com.br/forumglobal/> (14/07/2001).
- PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*, 3ª edición, Madrid: Tecnos, 1988.
- PETRAS, James, *A armadilha neoliberal e alternativas para a América Latina*, São Paulo: Xamã, 1999.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

PISÓN, José Martínez. *Derechos humanos: historia, fundamento y realidad*. Zaragoza: Egido, 1997.

PORTANOVA, Qual é o papel do Estado no século XXI? Rumo ao Estado de Bem Estar Ambiental em *Inovações em direito ambiental*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

_____. Exigências para uma cidadania ecológica em Revista *Alter Agora*, Ano I, n.º 2, novembro de 1994.

QUESADA, Ricardo A. *La dictadura global y la promesa de Jose Martí*. Foro Social Mundial 2001. Biblioteca das Alternativas. Disponível na Internet em <http://www.persocom.com.br/forumglobal/>. (14/07/2001)

RAMOS FILHO, Wilson. “Direito pós-moderno: caos criativo e neoliberalismo” em *Direito e Neoliberalismo*, Curitiba: Edibej, 1996.

_____. *O fim do poder normativo e a arbitragem*. São Paulo: LTr, 1999.

RAWLS, John. *Theory of Justice*. Oxford: University Press, 1971.

RENOUVIN, P. e DUROSELLE, J.B. *Introdução à história das relações internacionais*. São Paulo: Divisão Européia do Livro, 1967.

REZEK, Francisco. *Direito internacional publico: curso elementar*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sergio. *Prisão civil do depositário infiel em face da derrogação do art. 1.287 do Código Civil pelo Pacto de San Jose da Costa Rica*. RT-756 de outubro de 1998.

RIECHMANN, Jorge, BUEY, Francisco Fernández. *Redes que dan libertad*. Barcelona: Paidós, 1995.

- RODRÍGUEZ, J. M. Morenilla. *Los sistemas para la protección internacional de los derechos humanos*. Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1986.
- _____. *El Convenio Europeo de Derechos Humanos: textos internacionales de aplicación*. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1988.
- ROSECRENCE, Richard. *The Rise of Trading State*, New York: Basic Books, 1986.
- RUBIO, D. Sánchez. "Universalidad de confluencia, derechos humanos y procesos de inversión". In. *El vuelo de Anteo*. Bilbao: Desclée, 2000.
- _____. *Filosofía, derecho y liberación en América Latina*. Bilbao: Desclée, 1999.
- SADER, Emir. *Soberania e democracia na era da hegemonia norte-americana*. Foro Social Mundial 2001. Biblioteca das Alternativas. Disponível na Internet em <http://www.persocom.com.br/forumglobal/> (14/07/2001).
- SALCEDO, Juan Antonio Carrillo. *Curso de derecho internacional público*. Madrid: Tecnos, 1991.
- SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização*". São Paulo: Record, 2000
- SERRES, Michel, *O contrato natural*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990.
- SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Estado, derecho y luchas sociales*. Bogotá, 1991.
- _____. *La globalización del derecho*. Colombia: ILSA, 1998.
- SUAREZ, Ines Perez. *Estratégias de Promoção dos Direitos Humanos na Argentina no Início do Século XXI*. Seminário Direitos Humanos no Século XXI, 10 e 11 de setembro de 1998, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, Fundação Alexandre Gusmão Rio de Janeiro. Disponível na Internet em www.mre.gov.br/ipri (14/07/2001).
- TRINDADE, A.A. Cançado. *A consolidação da capacidade processual dos indivíduos na evolução da proteção internacional dos direitos humanos: quadro atual e perspectivas na passagem do século*. Seminário Direitos Humanos no Século

XXI, 10 e 11 de setembro de 1998, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, Fundação Alexandre Gusmão, Rio de Janeiro. Disponível em na Internet em www.mre.gov.br/ipri (14/07/2001)

_____. *O esgotamento dos recursos internos no direito internacional*. UnB, 1997.

_____. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Fabris: Porto Alegre, 1997.

VADELL, Lorenzo M. Bujosa. *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ordenamiento español*. Madrid: Tecnos, 1997.

VASAK, K. "Human Rights as a Legal Reality", *The International Dimensions of Human Rights* (eds. K. Vasak e Ph. Alston), vol. I, Paris, UNESCO/Greenwood, 1982.

VENTURA, Manuel E.; ZOVATTO, Daniel. *La funcion consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Madrid: Civitas, 1989.

VIGEVANI, Tullo e outros, "Realismo versus globalismo nas relações internacionais", *Revista Lua Nova*, n. 34, 1994.

ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil*. Trotta: Madrid, 1995.

ZOLO, Danilo. *Cosmópolis: perspectiva y riesgo de um gobierno mundial*. Barcelona: Paidós, 1997.