

O Diálogo entre os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos para criação de um Sistema Jurídico Multinível

The Dialogue between Fundamental Rights and Human Rights for the creation of a Multilevel Legal System

Régis Willyan da Silva Andrade¹

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil

regiswsandrade@yahoo.com.br

Resumo

O presente artigo se assenta na necessidade da criação de um sistema multinível de proteção para que os direitos fundamentais sejam efetivados. Adota-se a metodologia analítica documental e bibliográfica para tanto, utilizando-se como recorte histórico a distinção entre Direitos Fundamentais e Direitos Humanos, bem como demais transformações ocorridas no movimento denominado de constitucionalismo, desaguando nas modernas teorias do neoconstitucionalismo. Tem-se que a problemática da questão reside na base dos direitos fundamentais, qual seja, a dignidade da pessoa humana, fundamento que orienta uma pluralidade de elementos essenciais e suporte maior para a concepção de tais direitos e, ainda, princípio no qual se pautam os principais sistemas constitucionais modernos. Os objetivos da presente pesquisa são destacar que o Estado deve fomentar e respeitar a existência digna do ser humano, valorizando-o tanto em sua dimensão individual quanto em um contexto de justiça, através de um diálogo que fomente a criação de mais uma ferramenta de proteção dos Direitos Humanos e que seja capaz de sobrepujar a soberania estatal e criar uma jurisprudência quanto a punições a violações de tais direitos.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais, Direitos Humanos, Sistema Multinível.

Abstract

This article is based on the need to create a multilevel system of protection for fundamental rights to be effective. The documentary and bibliographic analytical methodology is adopted for this purpose, using as a historical cut the distinction

¹ Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Rua Monte Alegre, 984, Perdizes, 05014-901, São Paulo, SP, Brasil. Pós-doutorando em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito do Sul de Minas.

between Fundamental Rights and Human Rights as well as other transformations occurred in the movement called constitutionalism, passing to the modern theories of neo-constitutionalism. The problem lies in the basis of fundamental rights, that is, the dignity of the human person, a foundation that guides a plurality of essential elements and a greater support for the conception of these rights, and also a principle on which the main modern constitutional systems are based. The objectives of the present research are to emphasize that the State must foster and respect the dignified existence of the human being, valuing it both in its individual dimension and in a justice context — through a dialogue that fosters the creation of another tool for the protection of Human rights and that enables to overcome the state sovereignty —, and creating jurisprudence regarding punishment for the violations of such rights.

Keywords: Fundamental Rights, Human Rights, Multilevel System.

Introdução

A criação de um sistema de proteção para o homem, enquanto espécie, decorre de uma série de lutas, avanços e retrocessos, partindo-se da premissa de um direito natural até desaguar no movimento denominado de constitucionalismo, através do qual são condensados em uma mesma carta os direitos subscritos como inalienáveis, inderrogáveis e imprescritíveis.

Entretanto, à guisa dessa evolução, mister destacar as transformações ocorridas no que tange a conceitualização dos direitos fundamentais bem como dos direitos humanos, estabelecendo as diferenças e similitudes em relação a sua formação.

Para se viver em coletividade são necessários alguns sacrifícios, qual seja, a limitação de alguns direitos em favor da sociedade, na exata e restrita medida imprescindível para a vida em comum, que necessariamente deve abarcar o conceito de igualdade, como fonte legítima para se estabelecer os princípios e diretrizes fundamentais para a convivência em sociedade.

A esteira das transformações dos direitos ao longo da história, deve-se destacar que a evolução do conceito de Direitos do Homem, encontrava limitações de gênero, raça, cor e a todos aqueles que não pertenciam a sociedade. Desta feita, pode-se perceber que os Direitos Fundamentais não eram universais, mas destinados a uma parcela específica da população.

Após a positivação dos direitos decorrentes do movimento constitucional, percebeu-se a necessidade da reintrodução da moral como preceito inerente a

proteção destes, haja vista os horrores perpetrados na Segunda Guerra Mundial, em nome de um positivismo exacerbado.

Desta forma, uma das possíveis distinções a serem destacadas quanto aos Direitos Fundamentais e Direitos Humanos, está na sua abrangência e concretização, na medida em que aqueles estão duplamente positivados e possuem maior concretização, enquanto estes adotam uma vertente externa de vinculação, demonstrando um menor grau de concretização.

Entretanto, apesar destas teorias de distinção dos dois conceitos serem recepcionadas em nosso ordenamento, a presente pesquisa parte da premissa de que tais conceitos são complementares e não opostos, como lecionam José Afonso da Silva e Alexandre de Moraes.

Nesse sentido, o constitucionalismo moderno busca novas concepções acerca dos conceitos de Estado, soberania e governabilidade, onde passam a ser criadas organizações e ferramentas de efetivação na proteção de tais direitos, através da inserção de um modelo multinível².

Para a criação de um sistema jurídico multinível é necessário o diálogo, em especial, entre as Cortes Constitucionais, para que possam ser estabelecidos precedentes de proteção e efetivação desses direitos, culminando com o declínio do modelo tradicional de Estado-nação para a criação de uma nova forma de constitucionalismo capaz de atender as necessidades domésticas e internacionais de proteção e valorização da pessoa humana.

² Esse sistema multinível desenvolveu-se em especial no continente europeu a partir do Tratado de Maastricht que instituiu a União Europeia propiciando uma maior e mais completa proteção ao oferecer diferentes níveis de proteção, desde as garantias constitucionais em âmbito doméstico, passando pela aplicação subsidiária do sistema internacional até se estabelecer uma nova ordem jurídica comunitária.

Direitos Fundamentais versus Direitos Humanos à luz da evolução histórico conceitual

A evolução da sociedade bem como de seus agentes nos revela que, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que distinguem os seres humanos, todos merecem e deveriam ser tratados em condições de igualdade, seja ela formal, por disposições legais, ou material, através da implementação de condições que possam equilibrar a balança.

Pode-se verificar ainda que, para o reconhecimento universal deste preceito de igualdade, como dito, seja material ou formal, ninguém, indivíduo ou coletividade, com base em gênero, etnia, classe social, religião ou nação pode afirmar-se superior aos demais.

Ao passo que, para que se possa falar em inderrogabilidade de direitos, mister ressaltar alguns pontos conceituais, no que tange a formação deste núcleo duro, bem como estabelecer as congruências, e as divergências existentes entre a teoria dos Direitos Fundamentais e a teoria dos Direitos Humanos.

Os Direitos Fundamentais foram criados e entendidos progressivamente, a todos às nações da Terra, com a criação de instituições jurídicas que visavam à defesa da dignidade humana contra a violência, o aviltamento, a exploração e a miséria, perpetradas muitas vezes pelo próprio Estado.

Deve-se, desta forma, destacar que tudo gira em torno da pessoa humana e das lutas e conquistas não só para assegurar, bem como para efetivar direitos entendidos como fundamentais, haja vista a multidisciplinariedade da evolução destes direitos, percorrendo não apenas a seara jurídica, mas também a religião, a filosofia, a ciência, dentre outros.

A justificativa religiosa da preeminência do ser humano no mundo, como descreve Comparato (2015, p. 13) “surgiu com a afirmação da fé monoteísta. A grande contribuição do povo da Bíblia à humanidade, uma das maiores, aliás, de toda a História, foi a ideia da criação do mundo por um Deus único e transcendente”.

A criatura humana ocupa uma posição iminente na ordem da criação, onde Deus lhe deu poder, segundo a Bíblia (2010, p. 49), no livro de Gênesis (1, 26) sobre “os peixes do mar, as aves do céu, os animais domésticos, todas as feras e todos os répteis que rastejam sobre a terra. A cada um deles o homem deu um nome”. Desta forma, entende-se que segundo a crença³, deve-se submeter o nomeado ao poder do nomeante.

Corroborando para com a evolução destes preceitos, a filosofia levou a afirmação da natureza essencialmente racional do ser humano, colocando, assim, nova justificativa para a sua eminente posição no mundo, com a sabedoria grega expressa com vigor, pela voz dos poetas e dos filósofos.

Tal evolução pode ser notada na obra de Ésquilo (2005, p. 55), numa passagem do *Prometeu Acorrentado*⁴, que marca a transição da explicação religiosa para a filosófica, demonstrando-se assim a capacidade reflexiva da pessoa humana de se colocar como objeto a ser analisado.

Com o desenvolvimento da teoria da evolução dos seres vivos, surgiu a terceira justificativa da dignidade humana, qual seja, a científica, que abriu no mundo a convicção de que não é por acaso que o ser humano representa o ápice de toda a cadeia evolutiva das espécies vivas.

Nesse sentido, ao tratar da evolução da humanidade, Comparato (2015, p. 16) alude que “o encadeamento sucessivo das etapas evolutivas obedece, objetivamente, a uma orientação finalística, inscrita na própria lógica do processo, e sem a qual a evolução seria racionalmente incompreensível”.

A ideia de que os indivíduos e grupos humanos podem ser reduzidos a um conceito ou categoria geral, que a todos engloba, ao contrário do que possa parecer é de elaboração recente na História, haja vista que os povos que viviam à margem do que se convencionou chamar de civilização, não podiam se adequar ao conceito de seres humanos, mas tão somente como integrantes do grupo, sendo denominados desta forma de “homens”.

No que tange à formação desta civilização, bem como dos grupos sociais, Ferreira Filho (2016, p. 4), elucida que “o pacto social para estabelecer a vida em so-

³ Para os antigos, com efeito, o nome exprime a essência do ser. Um homem sem nome é insignificante, em todos os sentidos da palavra (Jó 30, 8); é como se não existisse (Eclesiastes 6, 10). O nome de *lahweh*, pronunciado pelo sacerdote sobre o povo, protege-o (Números 6, 27). Daí a razão do 2º mandamento do decálogo mosaico: “Não pronunciarás em vão o nome de *lahweh* teu Deus, pois *lahweh* não deixará impune aquele que pronunciar em vão o seu nome” (Deuteronômio 5, 11).

⁴ Ésquilo (2005, p. 36): “Ouça agora as misérias mortais e perceba como, de crianças que eram, eu os fiz seres da razão, capazes de pensar. Quero dizê-lo aqui, não para denegrir os homens, mas para lhe mostrar minha bondade para com eles. No início eles enxergavam sem ver, ouviam sem compreender, e, semelhantes às formas oníricas, viviam sua longa existência na desordem e na confusão. Eles desconheciam as casas ensolaradas de tijolo, ignoravam os trabalhos de carpintaria; viviam debaixo da terra, como ágeis formigas, no fundo de grotas sem sol. Para eles, não havia sinais seguros nem do inverno nem da primavera florida nem do verão fértil. Faziam tudo sem recorrer à razão, até o momento em que eu lhes ensinei a árdua ciência dos números, a primeira de todas, que inventei para eles, assim como a das letras combinadas, memória de todas as coisas, labor que engendra as artes. Fui também o primeiro a subjugar os animais, submetendo-os aos arreios ou um cavaleiro, de modo a substituir os homens nos grandes trabalhos agrícolas, e atrelei às carruagens os grandes trabalhos agrícolas, e atrelei às carruagens os cavalos dóceis com que se ornamenta o fasto opulento. Fui o único a inventar os veículos com asa de tecido, os quais permitem aos marinhos correr os mares”.

cidade de ser humanos naturalmente livres e dotados de direitos, há de definir os limites que os pactuantes consentem em aceitar para esses direitos”.

A formação destes grupos sociais, bem como da vida em sociedade exige um sacrifício, qual seja, a limitação do exercício dos direitos naturais, como preleciona a doutrina religiosa, dos direitos concedidos por Deus, ou seja, está vida em sociedade presume uma coordenação do exercício por parte de cada um de seus direitos naturais, dos quais ninguém pode abrir mão, exceto na exata e restrita medida imprescindível para a vida em comum.

Entretanto, para que possa haver a renúncia ou restrição de tais direitos, em favor da coletividade, deve-se destacar a necessidade de estabelecer um conceito de igualdade, onde as primeiras referências a esta ideia de igualdade, essencial entre todos os homens, surgiu entre os séculos VIII a II a.C., denominado de período axial⁵ da História, através do qual foram instituídos os grandes princípios e diretrizes fundamentais para a convivência em sociedade.

No referido período axial pode-se destacar o desabrochar do homem, enquanto “ser”, sujeito de direitos e deveres, e que como destaca Libanio (2010, p. 163) foi

O ponto de nascimento espiritual do homem, onde se realizou de maneira convincente, tanto para o Ocidente como para a Ásia e para toda a humanidade em geral, para além dos diversos credos particulares, o mais rico desabrochar do ser humano; estaria onde esse desabrochar da qualidade humana, sem se impor como uma evidência empírica; seria, não obstante, admitido de acordo com um exame dos dados concretos; ter-se-ia encontrado para todos os povos um quadro comum, permitindo a cada um melhor compreender sua realidade histórica.

Para que os direitos, pudessem se tornar universais e igualmente respeitados, pelo simples fato de serem seres humanos, dois fatores surgem a corroborar para dar efetividade destes, quais sejam, a lei não escrita, denominada de costumes e a lei escrita. O desenvolvimento de tais conceitos em relação a pessoa, ainda que medievais, iniciou a elaboração do princípio da igualdade, essencial de todo ser humano, não obstante a ocorrência de todas as diferenças individuais ou coletivas, de ordem biológica ou cultural.

Acerca da concepção do conceito de pessoa e quanto a formação de um núcleo inderrogável de direitos, ensina Comparato (2015, p. 32) que,

É essa igualdade de essência da pessoa que forma o núcleo do conceito universal de direitos humanos. A expressão não é pleonástica, pois que se trata de direitos comuns a toda espécie humana, a todo homem enquanto homem, os quais, portanto, resultam da sua própria natureza, não sendo mera criações políticas.

Importante frisar que nos primórdios da evolução deste conceito universal de Direitos Humanos, não se pode falar em uma internacionalização de tais direitos, mas tão somente pelo fato de pertencerem a mesma espécie: a humana. Consequentemente, tais preceitos devem ser utilizados para se viver em sociedade, estabelecendo critérios para que os referidos direitos naturais, possam ser restringidos em favor da coletividade.

Desta feita, após uma breve análise das esferas de evolução da pessoa humana, desde a sua concepção jusnatural até o início da formação das sociedades, bem como dos preceitos fundamentais, importante destacar as diferenças entre os Direitos do Homem, Direitos Fundamentais e Direitos Humanos.

O tema da dignidade humana encontra no pensamento e na doutrina cristã um marco fundamental, entendido por alguns autores como um verdadeiro “divisor de águas”, posto que, como observa Francisco Alves (2001, p. 15),

A contribuição para o desenvolvimento de um efetivo humanismo se apresenta desde a Idade Antiga até se manifestar de forma contundente no contexto contemporâneo com a edição de inúmeros documentos pontifícios da Encíclica Rerum Novarum, de Leão XIII, datada de 1891.

A primeira nomenclatura utilizada, no que tange a proteção e efetividade de tais direitos, foi “Direitos do Homem”, remontando a época do jusnaturalismo, onde bastava ser homem para possuir direitos e usufruí-los, e que foi objeto de crítica devido à expressão “homem” fazer referência somente às pessoas do sexo masculino, e não a qualquer pessoa.

No que tange aos termos Direitos do Homem ou Direito Natural, decorrente do jus naturalismo,

⁵ “No centro do período axial existiram, sem se comunicarem entre si, alguns dos maiores doutrinadores de todos os tempos: Zaratustra na Pérsia, Buda na Índia, Lao-Tsé e Confúcio na China, Pitagorás na Grécia e o Dêutero-Isaías em Israel. Todos eles, cada um a seu modo, foram autores de visões do mundo, a partir das quais estabeleceu-se a grande linha divisória histórica: as explicações mitológicas anteriores e abandonadas, e o curso posterior da História passa a constituir um longo desdobramento das ideias e princípios expostos durante esse período” (Comparato, 2015, p. 20).

como se tais direitos fossem fruto de uma revelação. Martinez (1999, p. 25), leciona, “não levando em conta a sua construção histórica. Essa expressão está situada em momentos históricos anteriores, as primeiras Declarações do Século XVIII utilizavam-se para identificar os direitos essenciais à pessoa humana”.

Inicialmente, os Direitos do Homem passaram a ser chamados de Direitos Fundamentais, ainda que com as devidas objeções, pelo fato de não constituírem uma universalidade, mas tão somente às pessoas do sexo masculino, ocupando-se do plano constitucional e visando assegurar os direitos inerentes a cada homem, não abrangendo aqueles que não pertenciam a “sociedade”, como mulheres, crianças, escravos, entre outros.

Contudo, a evolução dos conceitos de Direitos Fundamentais e Direitos Humanos apresentam não apenas similitudes e complementariedade, mas também divergências, que englobam mais que sua abrangência geográfica, segundo Pérez Luño (1998, p. 46-47),

Pero también por el grado de realización que tienen positivamente, es decir, el grado de reglas de realización. Los derechos fundamentales son positivizada por partida doble, ya que actúan interna y externamente, que tiene un mayor grado de logro positivo, mientras que los derechos humanos son positivizada sólo en el entorno externo, con un menor nivel de logro positivo.

Nesta visão, pode-se destacar que as diferenças podem ser observadas através do grau de concretização no âmbito normativo, ou seja, os Direitos Fundamentais estão duplamente positivados, atuando tanto no âmbito interno quanto no externo, demonstrando uma maior concretização positiva, enquanto que os Direitos Humanos estão positivados apenas no âmbito externo, demonstrando um menor grau de concretização positiva.

Desta forma, pode-se entender que os Direitos Humanos adotam uma vertente vinculada ao âmbito externo, de abrangência universal e que tem por escopo proporcionar uma humanização dos direitos a fim de evitar que os solipsismos jurídicos possam causar atrocidades calcadas tão somente no texto da lei, como as que ocorreram na segunda Guerra Mundial.

Por outra via, os Direitos Fundamentais são normas intimamente ligadas à dignidade da pessoa humana e à limitação de poder, positivadas na Constituição. Esta ideia, como destaca Marmelstein (2014, p. 23), “não afasta a possibilidade de existência de valores importantes que ainda não foram positivados por algum motivo, mas que também são ligados à dignidade e à limitação do poder”.

Nestes casos, alguns juristas não chamam esses valores de Direitos Fundamentais, mas sim de direitos da pessoa humana, desta forma, esclarecendo a distinção entre os conceitos, bem como delimitando que existe uma esfera de direitos além do que está normatizado e que também merece ser resguardado, tendo em vista, seu caráter fundamental.

A partir desta concepção de valorização da humanidade, face a positividade dos direitos, Bobbio (1992, p. 30), observa que “os direitos humanos nascem como direitos naturais universais, desenvolvendo-se como direitos positivos particulares (quando cada Constituição incorpora Declarações de Direitos) para finalmente encontrar a plena realização como direitos positivos universais”.

O que se pode observar, neste ponto do desenvolvimento conceitual, é que uma vez superado o ideal jusnaturalista dos Direitos do Homem, que muito embora visasse estabelecer um núcleo inderrogável de direitos, acaba por restringir estes a um determinado sexo, sem abarcar as demais camadas da sociedade.

Entretanto, a partir do movimento constitucional de positivação das Cartas Constitucionais, pôde-se delimitar e estabelecer os Direitos Fundamentais em seu bojo, em âmbito doméstico.

Nesse sentido, os direitos da pessoa humana seriam, como ensina Pérez Luño (1987, p. 52), “los valores ético-políticas no han positivizada. Se encontraban en una etapa de pre-positivo, que corresponde a las instancias o valores éticos anteriores a la ley positivo”.

Este valores ético-políticos são encontrados em fase de pre-positivação, correspondendo aos valores éticos anteriores ao direito positivo, pautados na moral e nos costumes, que podem variar a cada época, dentro do que se entende como aceitável e correto. Como pode ser verificado ao longo da história, em determinados casos, como no Tribunal de Nuremberg, estes valores ficaram acima do direito positivo.

Pode-se perceber que os direitos da pessoa humana possuem em seu conteúdo certa semelhança com o direito natural, ao passo que dependem de acordos internacionais, como convenções ou tratados para serem reconhecidos propriamente como direitos, haja vista não estarem positivados, servindo como fundamentos e matéria-prima para positivação dos Direitos Fundamentais.

Como explica Robles (2005, p. 6), enquanto não houver a ratificação dos Estados, por meio de convenções ou tratados internacionais, “não se trata de direitos, ainda que assim chamados, porque, como ainda não integram o ordenamento jurídico, ninguém pode exigir

processualmente que tenham a validade dos verdadeiros direitos subjetivos de caráter positivo”.

Ademais, as pesquisas acerca da historicidade dos Direitos Humanos, no pós-guerra concentram-se em verificar não apenas a sua positivação bem como centrar na efetivação destes direitos positivados, haja vista que estes não são um dado, mas uma invenção humana decorrente de um constante processo de construção e reconstrução⁶.

No que tange ao processo de criação e positivação dos direitos, para Comparato (2015, p. 60),

Se o direito é uma criação humana, o seu valor deriva, justamente, daquele que o criou. O que significa que esse fundamento não é outro, senão o próprio homem, considerado em sua dignidade substancial de pessoa, diante da qual as especificações individuais e grupais são sempre secundárias.

Destaca-se que a tensão existente na efetivação dos Direitos Fundamentais consiste no equilíbrio entre os princípios de liberdade e igualdade, onde, o primeiro sofre limitações por parte do Estado à luz de teorias como a da reserva do possível e mínimo existencial, e o segundo sustenta que deve haver não apenas uma igualdade formal, mas também material para que possamos falar em um verdadeiro sistema de direitos.

Ao tratar sobre o tema, vários autores tentam estabelecer um conceito para a teoria dos Direitos Fundamentais, destacando-se Marmelstein (2014, p. 18), que sustenta que estes são formados por “cinco elementos básicos: norma jurídica, dignidade da pessoa humana, limitação de poder, Constituição e democracia. Esses cinco elementos conjugados fornecem o conceito de direitos fundamentais”.

Dentre as teorias que tentam construir um conceito para os Direitos Fundamentais, pode-se enfatizar a que entende que estes direitos são direitos enunciados protegidos por normas constitucionais, com supremacia formal e material, ao mesmo tempo que, dado sua importância axiológica fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico, representando um verdadeiro “sistema de valores”.

Por outro lado, vinculado a ideia de Estado Democrático de Direito, deve-se respeitar a diversidade ideológica, de modo que os interesses de todos os grupos sociais, inclusive as minorias, possam ser respeitados e tratados com igual consideração, além de se

analisar tais direitos sob a ótica da dignidade da pessoa humana, a fim de que os Direitos Fundamentais não sejam invocados para justificar a violação da dignidade de outros seres humanos.

Desta forma, busca-se equacionar a relação entre liberdade e igualdade, através da criação de teorias, denominadas por alguns autores, de modernas teorias sobre os fundamentos e a natureza dos Direitos Humanos, como afirma Shestack (1984, p. 85-98):

Modern theories of rights have many features in common. First, they are eclectic, benefit each other, which makes it inaccurate to characterize such theories as purely utilitarian, natural law, intuitive, behavioral, etc. Second, modern theories recognize and try to solve using different concepts, the tension between liberty and equality. Some theories construct arguments to prove that these goals are reconcilable and achievable in a single social order. Other theories hold that tension is irreconcilable and seek to resolve the dilemmas hierarchically elencando these goals. Still others elaborated sophisticated arguments to accept the relationship between liberty and equality, as characterized in dynamic interaction. Third, many theorists emphasize the need to create a genuine system of rights. Highlighting the most important theories in contemporary societies: (a) theories based on natural rights, fundamental rights; (b) theories based on the utility value; (c) theories based on justice; (d) theories based on the state's review of the nature and the minimal state; (e) theories based on dignity; and (f) theories based on equal respect and consideration.

Na visão do autor, as modernas teorias sobre direitos apresentam muitas características comuns, haja vista, serem ecléticas, dando sentido de complementariedade umas às outras, tornando, desta forma, impreciso definir tais teorias como puramente utilitaristas, de direito natural, intuitivas, comportamentais, entre outras. Ademais, o escopo dessas teorias, é solucionar, usando de diversas concepções, a tensão entre liberdade e igualdade.

Note-se que a proteção e a efetivação do Direito Internacional dos Direitos Humanos erguem-se no sentido de resguardar o valor da dignidade humana, concebida como fundamento dos Direitos Humanos, e que é fruto de precedentes históricos da moderna sistemática de proteção internacional, o que exige uma análise acerca desses marcos que sustentam a sua evolução.

⁶ No mesmo sentido, afirma Sachs: “Não se insistirá nunca o bastante sobre o fato de que a ascensão dos direitos é fruto de lutas, que os direitos são conquistados, às vezes, com barricadas, em um processo histórico cheio de vicissitudes, por meio do qual as necessidades e as aspirações se articulam em reivindicações e em estandartes de luta antes de serem reconhecidos como direitos” (Sachs, 1998, p. 156).

Importante destacar que a distinção entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais é plenamente compatível com o texto constitucional, onde toda vez que a Constituição da República de 1988, se refere no âmbito internacional, menciona a expressão “direitos humanos”⁷, e quando tratou dos direitos que ela própria reconhece, chamou de “Direitos Fundamentais”, tanto que no Título II é intitulado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

O tema tem suscitado muitas dúvidas e confusões para os estudiosos, que por vezes associam os Direitos Fundamentais às Liberdades Públicas e aos Direitos Humanos, não estabelecendo distinção entre as matérias, como se manifesta Torres (2009, p. 254), “Os direitos fundamentais ou direitos humanos, direitos civis, direitos da liberdade, direitos individuais, liberdades públicas, formas diferentes de expressar a mesma realidade”.

Apesar de expressar a mesma realidade, no que tange a limitação do poder do Estado, bem como da efetivação de tais direitos consagrados na Carta Magna, o uso destas expressões como sinônimas é incorreto, para Nogueira (1997, p. 11), “as expressões Direitos do Homem, Direitos Fundamentais e Liberdades Públicas têm sido, equivocadamente, usadas indistintamente como sinônimos. Em verdade, guardam, entre si, de rigor, apenas um núcleo comum, a liberdade”.

Segundo essa corrente os Direitos Humanos são aqueles positivados em nível internacional, com exigências básicas relacionadas a liberdade e igualdade, contudo sem um estatuto jurídico positivo, enquanto que os Direitos Fundamentais são aqueles em nível doméstico, garantidos pelos ordenamentos jurídico-positivos através de suas Constituições.

Existem ainda, aqueles que afirmam que liberdades públicas, Direitos Humanos ou individuais são as prerrogativas que tem o indivíduo em face do Estado e destacam que as liberdades públicas serão componentes mínimos do Estado Constitucional ou do Estado de Direito, como no magistério de Bastos (1999, p. 139),

O exercício dos seus poderes soberanos não vai ao ponto de ignorar que há limites para a sua atividade além dos quais invade-se a esfera jurídica do cidadão. Há como que uma repartição da tutela que a ordem jurídica oferece: de um lado ela garante o Estado com instrumentos necessários à sua ação, e de outro protege uma área de interesses do indivíduo contra qualquer intromissão ou aparato oficial.

Desta forma, o que se pode perceber é que, ainda que se fale em restrição de direitos em favor da coletividade, há uma linha muito tênue entre os instrumentos necessários para atuação do Estado e os interesses do indivíduo, caracterizando-se como antagônicos, haja vista a restrição das liberdades consagradas na Constituição, através da imposição da soberania estatal.

De fato, o conceito de liberdades públicas gera muita polêmica e debates apresentando várias teorias para tentar explicá-lo, como ensina Silva (2014, p. 226),

Trata-se de uma concepção de liberdade no sentido negativo, porque se opõe, nega, à autoridade. Outra teoria, no entanto, procura dar-lhe sentido positivo: é livre quem participa da autoridade ou do poder. Ambas têm o defeito de definir a liberdade em função da autoridade; não, porém, à autoridade legítima.

As liberdades públicas podem ser entendidas, desta forma, como os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana com o objetivo de resguardar a dignidade e estabelecer um núcleo inderrogável, no sentido de proibir os excessos que por ventura possam ser cometidos pelo Estado, além de propiciar melhores condições no desenvolvimento da personalidade humana no contexto social.

Nesse sentido, pode-se entender que todas as liberdades são públicas porque a obrigação de respeitá-las é imposta pelo Estado e pressupõe sua intervenção, como na visão de Grinover (1982, p. 7),

O que torna pública uma liberdade (qualquer que seja o seu objeto) é a intervenção do poder, através da consagração do direito positivo; estabelecendo, assegurando e regulamentando as liberdades, o Estado as transforma em poderes de autodeterminação, consagrados pelo direito positivo.

Mesmo sustentado a tese da separação dos conceitos entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, existe certa dificuldade em estabelecer uma sistematização capaz de atender a complexidade do tema e a sua estruturação, apresentando diversas conceituações onde os autores examinam a questão sob aspectos variados, adotando cada um, em seu contexto, o que lhe apetece.

Os Direitos Fundamentais, ensina Freire (2001, p. 109), “são aqueles que aplicados diretamente gozam de uma proteção especial nas Constituições dos Esta-

⁷ Ao longo de toda a Constituição da República de 1988, podemos encontrar a utilização dessa expressão, como no art. 4º, II, “A República Federativa do Brasil rege-se nas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] II – prevalência dos direitos humanos”. Ou ainda o art. 5º, § 3º: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

dos de Direito; são provenientes de um amadurecimento da própria sociedade no que se refere à proteção dos referidos direitos”.

A origem do termo Direito Fundamental surgiu na França no século XVIII proveniente do processo de revolução político e cultural, que culminou com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, e que logo se expandiu, conquistando adeptos na Alemanha que estabeleceram um sistema de relação entre o indivíduo e o Estado, enquanto fundamento de toda a ordem jurídico-política.

Desta forma, os Direitos Fundamentais, como conceitua Perez Luño (1995, p. 30-31), são “un conjunto de facultades y instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”.

Dentre as vertentes apresentadas, para a elaboração do conceito de Direitos Fundamentais, na visão de Perez Luño, tais direitos devem ser considerados como um conjunto de poderes e instituições, que evoluíram ao longo da história, em razão das exigências de concretização de preceitos como dignidade, liberdade e igualdade humanas, que devem ser reconhecidas e positivas pelos ordenamentos jurídicos tanto no âmbito doméstico quanto internacional.

A expressão mais adequada, no magistério de Silva (2014, p. 176) seria Direitos Fundamentais do Homem porque,

Além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualitativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não como o macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana. Direitos fundamentais do homem significa direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos humanos fundamentais. É com esse conteúdo que a expressão direitos fundamentais encabeça o Título II da Constituição, que se completa, como direitos fundamentais da pessoa humana, expressamente no art. 17.

Partindo-se da premissa que os direitos entendidos como fundamentais individualizam a pessoa em

si, projetando-a na sociedade em que vive, é necessário proteger tais direitos, a fim de preservar as pessoas em suas interações no mundo social, protegendo-as diante do poder do Estado.

Por outro lado, a terminologia Direitos Humanos é empregada para denominar os direitos positivados através dos Tratados, Pactos e Convenções Internacionais, como também as exigências essenciais relacionadas com a dignidade, liberdade e igualdade, mas que não possuem um estatuto jurídico positivo.

Os Direitos Humanos podem ser entendidos como,

Les droits et facultés assurant la liberté et la dignité de la personne humaine et bénéficiant de garanties institutionnelles, n'ont été introduits que récemment dans le corpus international. Ce n'est qu'après la Seconde Guerre mondiale et ses atrocités qu'émerge le Droit international des droits de l'homme avec la multiplication d'instruments internationaux énonçant les droits garantis (Sudre, 2006, p. 13).

O conceito de Direitos Humanos, universal e visando a proteção da dignidade da pessoa humana em âmbito internacional, sem distinções de raça, credo ou nacionalidade, são recentes no referencial teórico, pois foram introduzidos nos ordenamentos domésticos e internacionais, somente após a Segunda Guerra Mundial, criando mecanismos e instrumentos de proteção, tanto em âmbito global quanto regional.

Corroborando para a formação do conceito de Direitos Humanos, conforme explica Pérez Luño (1998, p. 46-47), estes são

Un conjunto de universidades e instituciones en cada momento histórico, encarnan las exigencias de la dignidad, la libertad, la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por las leyes a nivel nacional e internacional. Por lo tanto tener un carácter descriptivo (los derechos y libertades reconocidos en las declaraciones y convenciones internacionales), sino también prescriptivos (llegar a los más vinculados a las necesidades humanas y los requisitos del sistema que deben ser objeto positivación, sin embargo, no fueron corroboradas).

Mais do que positivar as normas de proteção dos Direitos Humanos tanto no âmbito interno quanto internacional, é preciso estabelecer que não há um fundamento absoluto e irresistível na conceituação dos Direitos da pessoa humana, à medida que para efetivar esses estatutos internacionais não pode o seu conteúdo estar sujeito a termos avaliativos cuja interpretação é diversificada.

Entretanto, os direitos da pessoa humana, segundo Bobbio (1992, p. 23-24),

Não atingiram níveis mais elevados de eficácia, enquanto a argumentação girou em torno de um fundamento absoluto irresistível. Para ele, a questão do fundamento absoluto dos direitos do homem perdeu parte de sua relevância porque, apesar da crise do fundamento, ainda assim foi possível construir a Declaração Universal dos Direitos do Homem, como um documento que conta com uma legitimidade praticamente mundial, apesar de não haver consenso quanto ao que poderia ser considerado fundamento absoluto de tais direitos.

A abordagem terminológica acerca dos Direitos Fundamentais, como sustentam várias teorias não pode se confundir com os Direitos Humanos, muito embora, a presente pesquisa parta da concepção de complementariedade, assumindo assim uma terminologia que é adotada inclusive por Alexandre de Moraes e José Afonso da Silva, qual seja a de Direitos Humanos Fundamentais, ao passo que ao considerarmos a evolução das duas terminologias, mesmo apresentando sustentações diferentes no ordenamento, vinculam-se umas às outras, no sentido de que a primeira não pode existir sem a segunda e vice-versa.

A própria Constituição da República de 1988, como já destacado, também recorre a expressões semanticamente diversificadas para fazer alusão a estes direitos, tais como: Direitos Humanos (art. 4º, II); Direitos e garantias Fundamentais (Título II e art. 5º, § 1º); direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, LXXI); e direitos e garantias individuais (art. 60, §4, IV).

Independente da expressão utilizada, todas remetem a necessária proteção a dignidade da pessoa humana, como caráter essencial do sistema jurídico político do Estado de Direito, passando-se então a análise do necessário diálogo entre as Cortes Constitucionais, a fim de que essas divergências terminológicas, possam ser exauridas, possibilitando a criação de um sistema jurídico multinível de proteção dos Direitos Humanos Fundamentais.

Do necessário diálogo para criação de um Sistema Jurídico Multinível

Ao analisar a evolução dos Direitos Humanos Fundamentais pode-se constatar que ele não pode ser

fixado, justamente, por ser dinâmico ao ponto de criar novas concepções acerca dos conceitos de Estado, soberania e governabilidade, na medida em que são criados órgãos internacionais de proteção dos Direitos Humanos e que consequentemente abrem a possibilidade da inserção desses novos conceitos como o caso do sistema jurídico multinível⁸.

A integração ocorrida na Europa no final da década de oitenta propiciou uma ruptura de paradigma, e justificou esse processo no qual os protagonistas foram os governos centrais dos Estados-membros, como Alemanha ou França, no magistério de Marks *et al.* (1996, p. 341-378),

the process of European integration seemed to certain areas in which the same issue was subject at the same time, the regulation adopted by institutions of the sub-national level (such as a province or municipality), national (as a ministry) and even supranational (e.g., European Commission).

Muito embora continuassem os Estados-membros a figurar como atores de governabilidade desse “novo” sistema, onde o europeu passa a ser descrito como um modelo “multinível”, composto não somente por governos nacionais, mas também por instituições que existiam num plano mais além do tradicional Estado-nação, rompendo-se assim a ideia de uma soberania intocável e estatizada, passando a compor nesse cenário vários outros atores tanto no âmbito nacional, como subnacional e supranacional.

Esse modelo de “governança multinível” foi se popularizando ao longo dos anos e é amplamente utilizado por estudiosos do fenômeno da integração europeia bem como dos estudantes de relações internacionais, mas que pode apresentar um grave problema, como observa Sartori (1970, p. 53), “as other popular concepts runs the risk of becoming an umbrella under which many disparate phenomena are subsumed - to the point that it may lose all denotative precision and become ‘overloaded’”.

O que se buscava com esse modelo era uma coesão entre as diferentes regiões do continente europeu, legitimando as instituições subnacionais dos Estados-membros, como as províncias, possibilitando-se assim um diálogo com as instituições supranacionais, o que

⁸ A ideia de “governança multinível” tem origem nos debates sobre a integração europeia nos primeiros anos da década de noventa. Em geral, a ideia surgiu como uma reação ao paradigma dominante até esse momento, explicando a integração europeia como um processo no qual os protagonistas foram os governos centrais dos Estados-membros (como a Alemanha ou a França). Contrariando essa visão, o processo de integração europeia parecia criar certos espaços nos quais o mesmo assunto foi sujeito, ao mesmo tempo, à regulação adotada por instituições do âmbito subnacional (como uma província ou um município), nacional (como um ministério) e até mesmo supranacional (por exemplo, Comissão Europeia).

viabiliza uma interlocução entre os Direitos Fundamentais de âmbito doméstico, com os Direitos Humanos de âmbito supranacional.

Destacando-se que deste modelo escalonado de normas e de proteção dos Direitos Humanos, está ocorrendo em pelo menos quatro âmbitos diferentes, ensina Torres Perez (2009, p. 27-37),

Na Europa, os direitos humanos são protegidos pelo menos em quatro âmbitos diferentes: Âmbito subnacional: Em alguns países europeus, as unidades subnacionais podem chegar a consagrar em suas ordens jurídicas certos direitos humanos, que podem ser protegidos nesse âmbito. No entanto, apesar de suas possíveis implicações internacionais, é comum encontrar que os direitos reconhecidos na esfera sub-estatal tenham uma relação hierárquica com a ordem constitucional nacional. Assim, o debate sobre a proteção multinível dos direitos humanos neste caso é confundido com o estudo do direito constitucional nacional do respectivo Estado. Este capítulo não aprofundará tal análise, e tomará como ponto de partida o âmbito nacional. Âmbito nacional: As constituições nacionais de cada Estado-membro incluem nos seus artigos os direitos que o respectivo Estado-nação queira reconhecer aos seus cidadãos e residentes. Âmbito supranacional: Os direitos humanos também são protegidos pelo direito de União; inicialmente, mediante a expansão jurisprudencial do Tribunal de Justiça da União Europeia e atualmente mediante a Carta dos Direitos Fundamentais. Neste âmbito, os instrumentos estão principalmente destinados a proteger os direitos humanos de violações por parte da União Europeia e seus órgãos, bem como os Estados-membros, quando os mesmos aplicarem o direito da União. Nível internacional: Além disso, os direitos humanos são protegidos pelo Sistema Europeu de Direitos Humanos, criado pela Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950 no marco do Conselho da Europa, cujo tribunal competente é o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que é um tribunal internacional com funções similares (na Europa) às realizadas pelo Tribunal Interamericano de Direitos Humanos.

Essa nova tendência de um sistema multinível de proteção dos Direitos Humanos na Europa, provê ao mesmo tempo duas perspectivas, uma que possibilita uma maior e mais completa proteção ao oferecer diferentes níveis, contando além das garantias constitucionais estabelecidas em âmbito doméstico, que ao não serem efetivadas, possibilitam a aplicação subsidiária do sistema internacional.

Por outro lado, ao se estabelecer uma nova ordem jurídica comunitária, com supremacia nos sistemas jurídicos nacionais dos Estados-membros, passa-se a

descrever uma nova modalidade de constitucionalismo denominada de multinível.

No campo das relações internacionais, segundo o magistério de Lafer (2015, p. 4-5),

A Declaração Universal, na esteira da Carta da ONU, alterou a clássica lógica da Paz de Westfália (1648). Esta lógica de estados soberanos e independentes não atribuía peso a povos e indivíduos. Baseava-se nas relações de coexistência e conflito entre entes soberanos num sistema internacional de natureza interestatal. Este sistema criou as normas de mútua abstenção do Direito Internacional Público tradicional. Estas, lastreadas na vontade soberana dos Estados, foram concebidas como normas da convivência possível entre soberanias que se guiavam pelas suas “razões de estado”. Por isso não contemplavam qualquer ingerência nas relações entre o Estado e as pessoas que estavam sob sua jurisdição.

Dentre os sistemas de proteção regional dos Direitos Humanos, o mais antigo e mais sedimentado é o europeu, seguido diretamente pelo sistema interamericano, razão pela qual se questiona se há possibilidade de também haver um sistema multinível de proteção de tais direitos na América Latina.

O que de pronto pode-se dizer é que há proteção no âmbito doméstico por meio das Constituições Nacionais, e há ainda a proteção internacional por meio do Pacto de San Jose da Costa Rica, de 1966, além do já mencionado Sistema Interamericano, contudo, não há até o momento nada no âmbito supranacional, como demonstram as experiências do Mercosul e da Comunidade Andina.

De fato, desde 1992, surgiu a necessidade de uma Carta de Direitos Humanos do Mercosul, como pontua Ureña (2014, p. 19-20),

Com a Declaração de Las Leñas, a mesma não chegou a se concretizar. Existem numerosos instrumentos de cooperação intergovernamental para a promoção de direitos humanos, bem como instrumentos que protegem direitos específicos. Em particular, foi assinada a Decisão do Conselho do Mercado Comum (CMC) N° 40/04, criando a Reunião de Altas Autoridades na área de Direitos Humanos (RAADH), um órgão subsidiário da CMC, que atua em coordenação com o Fórum de Consulta e Concertação Política (FCCP), que serviu como um fórum para desenvolvimentos interessantes relacionados aos direitos humanos no contexto do Mercosul.

Esse fórum vislumbrou a necessidade da criação de mecanismos intergovernamentais de reação a violações graves dos Direitos Humanos em qualquer um

dos Estados-membros, com estrutura similar à cláusula democrática contidas nos Protocolos de Ushuaia⁹, em 1998, e Montevideu¹⁰, em 2011.

Contudo, tais instrumentos de proteção dos Direitos Humanos são em sua essência intergovernamentais, e não estabelecem um verdadeiro regime comunitário de Direitos Humanos com capacidade de atuar no Mercosul¹¹, com aplicação imediata e supremacia sobre a ordem jurídica nacional, que possa vincular tanto as normas nacionais quanto as internacionais, dificultando assim, um diálogo capaz de sobrepor as diferenças locais, e estabelecer um núcleo inderrogável de Direitos Humanos Fundamentais no sistema Interamericano.

Semelhante à ineficácia dos instrumentos de proteção do Mercosul, foi criado a Carta Andina para a promoção e proteção dos Direitos Humanos, em 2002, contudo, sem qualquer caráter vinculativo, constituindo-se em um instrumento de *soft law*, com capacidade meramente de promoção dos referidos direitos, sem capacidade para vincular a Comunidade nem mesmo para criar um regime supranacional.

De fato, a Carta originalmente continha linguagem que visava criar mecanismos especiais de proteção de caráter comunitário e devia ser coordenada, não só com os Estados-membros, mas também com a Comunidade como organização, elucida Hummer (2009, p. 709)

Sin embargo, este enfoque se ha eliminado posteriormente en la última ronda de negociaciones. Esta decisión hizo, en parte, el escepticismo de la sociedad civil (representada por varias ONG de derechos humanos), para quienes la creación de un sistema supranacional de los derechos humanos es contraproducente, ya que debilitaría el trabajo del sistema de derechos humanos interamericano.

A criação de mais uma ferramenta de proteção dos Direitos Humanos capaz de sobrepujar a soberania estatal e criar uma jurisprudência quanto a punições a violações de tais direitos, como o Tribunal Andino, não prosperou, haja vista as reservas dos próprios Estados-membros, além da crença da impossibilidade de aplicar

este instrumento supranacional, condenando este instrumento desde o seu alvorecer.

Como pode ser constatado, não existe um âmbito supranacional de proteção dos direitos humanos na América Latina, no magistério de Hummer (2009, p. 65),

Algunos comentaristas han sugerido que este es un problema de progreso y desarrollo: el proceso de integración de América Latina es joven, argumentar que si se les da el tiempo suficiente para una protección de la comunidad. Esta idea es errónea porque se supone que sólo hay una forma de desarrollo legal, inspirado en el modelo europeo, en el que habría un “niño” en la protección de los derechos humanos (la única protección nacional), “adolescencia” (Protección Internacional) y una edad adulta (protección supranacional), que a su vez conduciría a un punto máximo progreso: el constitucionalismo supranacional.

A partir das concepções europeias da criação de um sistema multinível de proteção dos Direitos Humanos, deve-se atentar para as diferenças não apenas sociais, mas especialmente culturais que levam a níveis diferentes de maturação, e que culminam com o declínio do modelo tradicional de Estado-nação para a criação de uma nova forma de constitucionalismo capaz de atender as necessidades não apenas domésticas, mas internacionais de valorização da pessoa humana.

A interação entre a proposta nacional e internacional dos Direitos Humanos pode ser pensada a partir de duas perspectivas, descreve Ureña (2014, p. 23-24),

Em primeiro lugar, a partir de um ponto de vista nacional, em que se observa a interação da legislação nacional em vários Estados da região. Em segundo lugar, uma perspectiva global, em que a interação é observada fora das leis nacionais dos Estados da região, e do ponto de vista de um estranho é adotado para eles que poderia ser chamado de interesse “comunidade internacional” não o estado de direito na Bolívia ou Paraguai, por exemplo, mas no estado de direito internacional.

⁹ Tal protocolo, firmado em 1998, estabelece o compromisso democrático no Mercosul, segundo o qual “A plena vigência das instituições democráticas é condição essencial para o desenvolvimento dos processos de integração entre os Estados Partes do presente Protocolo”.

¹⁰ O Protocolo de Montevideu atualiza o Protocolo de Ushuaia assinado em 1998 e vigente desde 2002, que estabelece medidas a serem tomadas pelos Estados signatários em caso de ruptura da ordem democrática. Ele aperfeiçoa os mecanismos de consulta entre os países e permite sanções mais contundentes nos casos de ruptura ou ameaça de ruptura da democracia. Entre as medidas estão o fechamento de fronteiras terrestres, suspensão do tráfego aéreo e marítimo e do fornecimento de serviços, além de sanções políticas e diplomáticas adicionais.

¹¹ Algo semelhante ocorre com a Comunidade Andina. Por um lado, a jurisprudência andina não contribuiu para a proteção dos direitos humanos no âmbito comunitário. Até o momento, existe um único caso no qual o Tribunal Andino foi convocado para proteger os direitos humanos de abusos da Comunidade como organização I6. Neste caso, uma funcionária do Parlamento Andino processou tal órgão por uma disputa laboral, e invocou a Declaração Universal de Direitos Humanos, bem como algumas Convenções da OIT. O Tribunal Andino ignorou seus argumentos, e deixou passar a oportunidade para ampliar a proteção dos direitos humanos por via comunitária: foi declarado incompetente com base no Estatuto Geral do Parlamento Andino, cujo Artigo 154 prevê que os conflitos laborais serão decididos no direito do Estado Sede (neste caso, Colômbia). Assim, o conflito devia ser resolvido pela jurisdição interna colombiana (Ureña, 2014, p. 20-21).

A distinção entre nacional e internacional deixa de ser meramente didática, para de um lado, traçar uma difícil linha entre o que é doméstico e o que é internacional, especialmente no que diz respeito à proteção dos direitos humanos, bem como estabelecer um diálogo entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, capaz de abarcar não apenas as concepções domésticas, mas também as internacionais visando a proteção dessas garantias inderrogáveis da pessoa humana.

Além disso, há um processo constante de *feedback* e interdependência entre os dois âmbitos, como observam Slaughter *et al.* (2006, p. 36),

Making untenable distinction: it is reasonable to believe that the rule of international law is built by strengthening the rule of law in the region, or vice versa, that the rule of law of a state in the region is strengthened through strengthening the rule of international law.

Dentre os desafios propostos pelo diálogo e integração dos sistemas nacional e internacional, está em estabelecer as ferramentas de recepção das normas internacionais de proteção dos Direitos Humanos, seja pelo método monista e dualista, ou pela forma piramidal, proposta por Kelsen, das fontes do sistema jurídico internacional.

A criação de um sistema multinível de proteção dos Direitos Humanos, com a inserção de mecanismos de proteção nacional, subnacional e supranacional, mostram-se úteis em especial quando não há a efetividade da proteção de tais direitos em âmbito doméstico, ou quando a violação é perpetrada pelo próprio Estado, onde tal sistema visa além de complementar as disposições domésticas de proteção, dar efetividade, quando não há a respectiva aplicação destes direitos.

Por um lado, no contexto internacional, a exemplo do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, comenta Simmons (2009, p. 77), “It becomes a credible threat to get reluctant national authorities to protect human rights: this possibility of international litigation is a clear incentive in the human rights protection process”.

Mesmo sem conseguir se destacar como instrumentos supranacionais de proteção dos Direitos Humanos, o Estado-membro ao ratificar um Tratado ou Convenção e os incorpora em seu ordenamento interno, fortalece os tribunais nacionais que procuram exercer

jurisdição na proteção dos Direitos Humanos, criando normas que podem ser invocadas legitimamente como fonte material para apoiar suas decisões.

Paralelamente a esta integração de normas nacionais e internacionais, ocorrem os movimentos sociais, que como base utilizam-se destas, como instrumentos para promover as suas reivindicações, estabelecendo padrões capazes de auxiliar na luta por Direitos Humanos Fundamentais como o feminismo, as minorias sexuais, os movimentos indígenas e afro descendentes.

Os movimentos sociais têm um papel até agora apenas parcialmente explorado na América Latina como impulsores de decisões do sistema interamericano, como leciona Merry (2006, p. 83-84),

But also as interpreters of their faults and impellers of compliance processes in the local context. In this sense, social movements become translators: take international legal standards and translate them to their local members, and take local issues and translate them so that they can be expressed in terms of international legal standards. Deepen these relations is an outstanding and important task in order to get a better understanding of the processes of implementation of decisions of the Court and the Inter-American Commission.

Os movimentos sociais tornam-se, desta forma, normas jurídicas internacionais que em âmbito doméstico visam compreender e implementar as decisões do Tribunal e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, e que buscam ainda, dar efetividade aos Direitos Humanos Fundamentais.

Além dos desafios da recepção dessas normas internacionais no ordenamento interno, bem como sua integração, pode-se destacar a questão da efetividade dessas normas, que ora dependem de políticas públicas para sua implementação, ora dependem de um foro qualificado para que essas normas internacionais possam ser indexadas no ordenamento doméstico.

Razão pela qual, debate-se a necessidade, assim como ocorreu na Europa com a instituição da União Europeia, a criação de uma Constituição Internacional ou Interamericana¹², inspirada pela ideia de uma Carta que possa limitar o poder das instituições globais, dos Estados e dos indivíduos através da implantação de valores¹³

¹² Uma primeira maneira de compreender a interação entre direito nacional e internacional é apelar à ideia de uma Constituição Interamericana, inspirada pela ideia de uma “constituição global”. A partir desta perspectiva, a ideia é limitar o poder de instituições globais, Estados e indivíduos através da adoção de valores como normas jurídicas internacionais que sirvam como uma defesa contra os abusos de poder, onde quer que estes ocorram, de forma análoga como uma Constituição nacional limita o exercício da autoridade no cenário nacional (Ureña, 2014, p. 36-37).

¹³ Seguindo essa linha de raciocínio, pode-se destacar os ensinamentos de Fassbender (2009, p. 87), e Petersmann (1998, p. 193), entre outros, o que sugere que há um “núcleo duro” da ordem jurídica internacional, que serve como último limite ao poder (da mesma forma que funcionam as cartas de direitos nos sistemas nacionais latino-americanos e europeus). O conteúdo deste núcleo varia de acordo com o autor e inclui, entre outros, o direito internacional dos direitos humanos, e a Carta das Nações Unidas (Ureña, 2014, p. 33).

como normas jurídicas internacionais, que sirvam como defesa contra os abusos de poder, seja em âmbito doméstico ou internacional, de forma análoga à proteção que uma Constituição Nacional emprega no exercício da autoridade em âmbito doméstico.

A implantação regional desta ideia implicaria ver no Pacto de San José uma Carta Interamericana de Direitos, como uma espécie de documento constitucional básico, no magistério de Ureña (2014, p. 34-35),

Neste contexto, os tribunais nacionais funcionam como agentes da comunidade internacional, que aplicam e executam as normas jurídicas internacionais. A partir desta perspectiva, o ponto de partida não é a forma como o direito internacional dos direitos humanos é integrado, por exemplo, ao direito chileno, mas a forma como os tribunais chilenos executam a ordem jurídica internacional chamada “Sistema Interamericano de Direitos Humanos”.

Adotando-se essa perspectiva de uma Carta de Direitos Interamericana, poder-se-ia utilizar de dois instrumentos de proteção dos Direitos Humanos Fundamentais, quais sejam, um de âmbito internacional representado pela Comissão e o Tribunal Interamericano de Direitos Humanos, e um de âmbito doméstico através dos tribunais nacionais dos diferentes Estados, prevalecendo, desta forma, o direito internacional sobre o nacional.

O exemplo mais claro dessa visão de Constitucionalismo Interamericano é a jurisprudência da Corte sobre as anistias, pontua Cassesse (2002, p. 16),

Como es sabido, durante algunas medidas de justicia de transición adoptadas en el Perú, cogitated Corte que ciertas normas de derecho interno peruano han de considerarse “sin efectos jurídicos”. Esta decisión, sin precedentes en el derecho internacional contemporáneo, es característico de la vista del constitucionalismo Interamericana: desde esta perspectiva, el sistema interamericano es un sistema que tiene la Corte como cuerpo de cierre de cuyas decisiones son parte ipso iure de la legislación nacional de los Estados miembros. Además, los tribunales nacionales están llamados a realizar el control descentralizado de la convencionalidad de las normas jurídicas nacionales, que debe ser llevada a cabo utilizando como norma de juicio no sólo la Convención, sino también para el propio caso.

Mas ao mesmo tempo em que um movimento constitucional interamericano se desenvolve, no sentido de se criar um núcleo inderrogável de Direitos Humanos Fundamentais capaz de abarcar todas as aspirações

estatais, das organizações não governamentais e dos indivíduos, esboçando um avanço significativo na proteção desses direitos, enfrentaria alguns desafios quanto à sua efetividade, pois dependeria da criação de um órgão supranacional para decidir as questões envolvendo violações a tais direitos com superioridade hierárquica e jurisdição para revisar as decisões dos tribunais nacionais.

Outro desafio a ser enfrentado no que tange a efetivação de uma Carta Interamericana de Direitos Humanos, está nas instituições internacionais como potenciais violadores de tais direitos em detrimento das normas de constituições nacionais, e que em razão de um instrumento internacional retirariam a competência dos tribunais nacionais, comprometendo a efetividade da proteção dos Direitos Humanos.

Não bastassem essas argumentações o Sistema Interamericano ainda tem mais uma peculiaridade que é a do pluralismo, que interfere não apenas nas questões sociais, culturais e econômicas, como também influencia diretamente no sistema jurídico dos Estados, onde cada nação adota um modelo distinto de jurisdição, e consequentemente, estabelecer um único sistema, pautado em uma Carta Interamericana de Direitos também enfrentaria esse desafio.

Dessa forma, uma das possíveis soluções apresentadas, ao passo que não há um órgão supranacional para decidir as questões envolvendo violações de Direitos Humanos, o que se propõe é um diálogo entre os tribunais nacionais e internacionais, a fim de permitir uma interação entre estes e que passem a ser uma “via de mão dupla”, e não apenas os tribunais nacionais se inspirando nas decisões dos tribunais internacionais.

Assim, a legitimidade de proteção dos Direitos Humanos como um todo seria aumentada, porque a participação dos interessados seria garantida, na visão de Torres Perez (2009, p. 114-116), “dialogue would allow the different courts involved in the adopt better decisions dialogue, contribute to the creation of a true identity of the inter-American community, beyond national borders”.

Esse diálogo permitiria que os diferentes tribunais envolvidos pudessem adotar melhores decisões, contribuindo para a criação de uma verdadeira identidade da comunidade interamericana, que superasse as fronteiras nacionais, e que pudesse ao mesmo tempo servir-se dessas decisões para sua fundamentação em âmbito doméstico e além de fundamento para decisões de tribunais internacionais.

Contudo, essa proposta também apresenta desafios, no sentido de como estabelecer os critérios, dentro dessa perspectiva pluralista, para incluir algum

tipo de exigência para se participar da conversa, e como produzir resultados da deliberação entre estes tribunais, capazes de efetivar os Direitos Humanos Fundamentais.

Acerca disto, apresenta-se como argumento a validar este diálogo capaz de reunir os Direitos Fundamentais descritos nas Cartas nacionais¹⁴ com os Direitos Humanos decorrentes dos Tratados Internacionais, a criação de um núcleo inderrogável de Direitos Humanos Fundamentais, que seja capaz de agir de forma complementar, onde os tribunais nacionais passem a depender dos tribunais internacionais, e vice-versa.

Conclusão

As transformações da sociedade, aliado ao reconhecimento universal da importância em se estabelecer não apenas uma igualdade formal, mas também material, através da qual tanto o indivíduo quanto a coletividade possam ser signatários de direitos, além de criar mecanismos e instituições que possibilitem à defesa da dignidade humana contra a violência, o aviltamento, a exploração e a miséria, consagrados como valores essenciais.

Para se chegar ao conceito e ao rol de Direitos Humanos Fundamentais, bem como ao seu núcleo inderrogável, foram necessárias lutas e conquistas não apenas para assegurar e codificar, mas para efetivar tais preceitos estendidos como fundamentais, percorrendo a evolução destes direitos tanto na religião, quanto na filosofia, como também na ciência.

Pode-se perceber que na construção do arcabouço jurídico da inderrogabilidade desses direitos, algumas teorias se destacaram, através da qual se propunha estabelecer a nomenclatura mais ideal a ser utilizada, sendo indagado se deveria ser tratado como Direitos Fundamentais ou Direitos Humanos, adotando-se na presente pesquisa a expressão Direitos Humanos Fundamentais de lavra de Alexandre de Moraes e José Afonso da Silva.

Muito embora, tais preceitos devam respeitar a diversidade ideológica, de modo que os interesses de todos os grupos sociais, inclusive das minorias, sejam respeitados e tratados da mesma forma, sempre sob o prisma da dignidade da pessoa humana, a fim de que os Direitos Humanos Fundamentais não sejam invocados para justificar a violação da dignidade de outros seres humanos.

Para efetivar esses direitos, emerge o Direito Internacional dos Direitos Humanos, resguardando o valor da dignidade humana, como pedra fundamental dos

direitos humanos, e que é fruto de precedentes históricos da moderna sistemática de proteção internacional, onde a própria Constituição da República de 1988 admite as duas expressões, tanto Direitos Humanos como Direitos Fundamentais, para justificar neste a proteção infraconstitucional e naquela a proteção supranacional.

A partir da dessa análise tanto conceitual quanto etimológica, pode-se destacar que o movimento constitucional passa por um processo evolutivo, e que exige dos Estados observar não apenas as normas de direito interno para proteção dos Direitos Humanos Fundamentais, mas também as normas a nível supranacional, justificando-se assim a criação de um sistema multinível de proteção de tais direitos, e quiçá a criação de uma Constituição Internacional com o fito de estabelecer um núcleo inderrogável desses direitos.

Os desafios apresentados por essa evolução constitucional permeiam desde uma relativização da soberania, até a utilização de decisões estrangeiras para fundamentar as decisões internas, especialmente quando não há a efetividade da proteção de tais direitos em âmbito doméstico, ou quando a violação é perpetrada pelo próprio Estado.

Em suma, após analisar esses conceitos fundamentais, estabelecendo-se a distinção entre Direitos Fundamentais e Direitos Humanos, destacando que para a efetivação desses direitos deve-se buscar uma solução não apenas doméstica, mas supranacional, dando ensejo a criação de um sistema multinível de proteção desses direitos.

Referências

- BASTOS, C. R. 1999. *Curso de teoria do Estado e ciência política*. São Paulo, Saraiva, 331 p.
- BÍBLIA. 2010. *A bíblia sagrada*. 84ª ed., São Paulo, Ave Maria, 1.671 p.
- BOBBIO, N. 1992. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro, Campus, 219 p.
- CASSESE, A. 2002. Y-a-t-il: Un Conflit Insurmontable Entre Souveraineté Des États Et Justice Pénale Internationale? In: A. CASSESE; M. DELMAS-MARTY, *Crimes Internationaux et Juridictions Internationales*. Paris, P.U.F., p. 15-29.
- COMPARATO, F.K. 2015. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 10ª ed., São Paulo, Saraiva, 619 p.
- ÉSQUILO. 2005. *Prometeu acorrentado*. São Paulo, Martin Claret, 107 p.
- FASSBENDER, B. 2009. *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*. Netherlands, Brill, 215 p.
- <https://doi.org/10.1163/ej.9789004175105.i-216>
- FERREIRA FILHO, M.G. 2016. *Direitos humanos fundamentais*. 15ª ed., São Paulo, Saraiva, 230 p.
- FRANCISCO ALVES, C. 2001. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja*. Rio de Janeiro, Renovar, 210 p.

¹⁴ Na Colômbia, Rodríguez Garavito (2009, p. 134), analisou as redes epistêmicas que compõem o que ele chama de neoconstitucionalismo na América Latina, e há alguns estudos empíricos sobre a interação dos juízes constitucionais colombianos com os seus homólogos estrangeiros.

- FREIRE, A.M.P. 2001. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Madrid, Dickson, 303 p.
- GRINOVER, A.P. 1982. *Liberdades públicas e processo penal*. 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 352 p.
- HUMMER, W. 2009. La elaboración de una Carta de los Derechos Fundamentales del Mercosur desde Una Perspectiva Europea. *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, 15:689-722.
- LA FER, C. 2015. *Direitos humanos: um percurso no Direito no século XXI*. São Paulo, Atlas, 589 p.
- LIBANIO, J.B. 2010. *Theologia: a religião do início do milênio*. São Paulo, Loyola, 283 p.
- MARKS, G.; HOOGHE, L.; BLANK, K. 1996. European Integration Since the 1980's: State-centric Versus Multi-level Governance. *Journal of Common Market Studies*, 34(3):16-33.
- MARMELSTEIN, G. 2014. *Curso de direitos fundamentais*. 5ª ed., São Paulo, Atlas, 536 p.
- MARTINEZ, G.P.-B. 1999. *Curso de Derechos Fundamentales: Teoría General*. Universidad Calos III de Madrid. Madrid, Boletín Oficial del Estado, 720 p.
- MERRY, S.E. 2006. *Human Rights and Gender Violence: Translating International Law into Local Justice*. Chicago, University of Chicago Press, 269 p.
- NOGUEIRA, A. 1997. *A reconstrução dos direitos humanos da tributação*. Rio de Janeiro, Renovar, 460 p.
- PÉREZ LUÑO, A.E. 1998. *Los derechos fundamentales*. 7ª ed., Madrid, Tecnos, 231 p.
- PÉREZ LUÑO, A.E. 1995. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*. 5ª ed., Madrid, Tecnos, 680 p.
- PÉREZ LUÑO, A.E. 1987. Concepto y concepción de los derechos humanos. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 4:47-66. <https://doi.org/10.14198/DOXA1987.4.02>
- PETERSMANN, E.-U. 1998. How to Reform the United Nations? Lessons from the "International Economic Law Revolution". *Aussenwirtschaft*, 53:193-231.
- ROBLES, G. 2005. *Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual*. São Paulo, Manole, 140 p.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, C.A. 2009. *La globalización del Estado de Derecho: el Neoconstitucionalismo, el Neoliberalismo y la Transformación Institucional en América Latina*. Bogotá, Universidad de Los Andes, 84 p.
- SACHS, I. 1998. Desenvolvimento, direitos humanos e cidadania. In: P.S. PINHEIRO; S.P. GUIMARAES (org.), *Direitos humanos no século XXI*. Brasília, Instituto de Pesquisas de Relações Internacionais e Fundação Alexandre de Gusmão, p. 155-167.
- SARTORI, G. 1970. Concept misformation in comparative politics. *American Political Science Review*, 64(4):1033-1053. <https://doi.org/10.2307/1958356>
- SHESTACK, J. 1984. The jurisprudence of human rights. In: T. MERON (ed.), *Human rights in international law: legal and policy issues*. Oxford, Clarendon Press, p. 69-113.
- SIMMONS, B.A. 2009. *Mobilizing for Human Rights: International Law in Domestic Politics*. Cambridge, Cambridge University Press, 451 p. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511811340>
- SILVA, J.A. da. 2014. *Curso de direito constitucional positivo*. 37ª ed., São Paulo, Malheiros, 650 p.
- SLAUGHTER, A.-M.; BURKE-WHITE, W.V. 2006. The Future of International Law is Domestic (or, the European Way of Law). *Harvard International Law Journal*, 47(2):327-352.
- SUDRE, F. 2006. *Droit européen et international des droits de l'homme*. 8ª ed., Paris, Presses Universitaires de France, 715 p.
- TORRES, R.L. 2009. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 448 p.
- TORRES PEREZ, A. 2009. *Conflicts of Rights in the European Union: A Theory of Supranational Adjudication*. Oxford, Oxford University Press, 208 p. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199568710.001.0001>
- UREÑA, R. 2014. Proteção dos Direitos Humanos na América Latina? Oportunidades, desafios e riscos. In: A.A.V.V. *Manual Proteção Multinível dos Direitos Humanos*. Barcelona, Rede e de Direitos Humanos e Educação Superior, p. 15-48.

Submetido: 01/03/2017

Aceito: 19/04/2017