

A internacionalização do Direito a partir dos direitos humanos: reflexões iniciais para o futuro do constitucionalismo

The internationalization of Law through human rights: Initial thoughts for the future of constitutionalism

Gustavo Oliveira Vieira¹

Universidade Federal de Pelotas, Brasil
Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil
gvieira7@gmail.com

José Luis Bolzan de Morais²

Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil
bolzan@hotmail.com

Resumo

O presente artigo apresenta as primeiras reflexões sobre as implicações da mundialização no constitucionalismo, problematizando acerca dos rumos do Estado e da Constituição nesse cenário “pós-nacional”. Disserta-se a respeito da maneira com que os direitos humanos e os esforços para sua universalização desempenham um papel fulcral nas transformações jurídicas contemporâneas, obtendo tratamento privilegiado pelo direito constitucional, mas também multiplicando a sua complexidade, ao mesmo tempo em que desafiam os pressupostos modernos do fenômeno jurídico. Numa abordagem dialética, traz-se às considerações finais que a internacionalização do constitucionalismo pela via dos direitos humanos aponta, entre reptos e riscos, um ferramental teórico-operativo em condições de instrumentalizar o direito como vetor de transformação social.

Palavras-chave: constitucionalismo, direitos humanos, internacionalização do direito.

Abstract

The present article aims to present initial thoughts about the implications of globalization to the constitutionalism, questioning about the State and Constitution direction in this “post-national” scenario. It disserts about the way how does human rights and the efforts to universalize it plays a central role in the contemporary legal transformations, obtaining preferential treatment by constitutional law, but also multiplying its complexity, while challenging modern assumptions of the juridical phenomenon. In a dialectical approach, the final considerations points how does the internation-

¹ Universidade Federal de Pelotas. Rua Andrade Neves, 1529, 96020-080, Pelotas, RS, Brasil. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Av. Unisinos, 950, Cristo Rei, 93022-000, São Leopoldo, RS, Brasil.

² Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Av. Unisinos, 950, Cristo Rei, 93022-000, São Leopoldo, RS, Brasil.

alization of constitutionalism through human rights indicates, among challenges and risks, a theoretical and operational tool to instrument conditions to convert law as a vector of social transformation.

Key words: constitutionalism, human rights, internationalization of law.

Introdução

Um estudo sobre a experiência jurídica contemporânea não dispensa pautar a abertura dos sistemas jurídicos nacionais às influências “extranacionais”. As diversas dimensões do fenômeno da mundialização, da globalização econômica aos direitos humanos, têm promovido a ligação entre os sistemas econômicos nacionais, a mimetização de formas de vida e consequente condensação de culturas e idiomas. Estaria também, com isso, ocorrendo a aproximação entre os grandes sistemas jurídicos modernos, tanto em relação à sua forma quanto no que diz respeito ao conteúdo?

É importante salientar que os mimetismos de formas e conteúdos político-jurídicos são tão antigos quanto a sociedade internacional, mas, à primeira vista, tudo indica que nunca ocorreram de maneira tão profunda, contínua e intensa como hoje. O mimetismo de formas e conteúdos da experiência jurídica não é uma novidade, basta observar-se a repercussão da experiência jurídica romano-germânica. As influências entre os sistemas jurídicos ocorrem seja por aparatos imperialistas ou pela implementação autônoma de modelos de outros países. Cada vez mais os institutos jurídicos se repetem em distintos países – dinamização provocada pelo fluxo comunicacional hodierno.

Além disso, algumas situações jurídicas do sistema brasileiro clamam por aprofundamentos. Entre elas, é de se notar (i) o julgamento do *Recurso Extraordinário 466.343*, de dezembro de 2008, que reconheceu a condição de *supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos (sic)* dos quais o Brasil é parte e que não tenham sido aprovados pelo quórum qualificado, ao modo de emendas constitucionais – caso em que teriam *status constitucional*; (ii) a recente *entrada em vigor para o Brasil da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969*, ocorrida no final do ano de 2009, que aduz que *o Estado não pode alegar descumprimento a tratado internacional do qual seja parte por contrariedade ao direito interno*; e (iii) a *condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) versus Brasil* (Corte Interamericana De Direitos Humanos, s.d.), no final de 2010, responsabilizando internacionalmente o Estado

brasileiro pelas violações de direitos humanos não reparadas por conta do episódio da Guerrilha do Araguaia e condenando o país a responsabilizar criminalmente seus responsáveis, após o STF já ter se pronunciado em sentido contrário a respeito do tema na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 153.

Com isso em mente, a proposta do presente texto é apresentar um debate sobre a internacionalização do direito a partir dos direitos humanos, buscando compreender as possibilidades e os riscos em torno da experiência jurídica que internacionalmente se aproxima em formas e conteúdos. A investigação se dará pela investigação do cenário da mundialização, com relevo especial à temática dos direitos humanos. Sem pretensões de investigações exaustivas ou conclusões muito inovadoras, busca-se a apresentação de um cenário e seus desafios para a problematização e, quiçá, elucidação da paisagem social e jurídica contemporânea.

Nesse diapasão, quais as implicações de uma transição paradigmática do direito a partir da incidência de um direito internacional convencional dos direitos humanos para o futuro do Estado Nacional e do constitucionalismo? Guiado por esse problema, na primeira parte serão apreciados aspectos da universalização dos direitos humanos, para, na sequência, investigar a internacionalização do direito a partir dos direitos humanos, e, após, algumas questões em aberto sobre o Estado nacional e o constitucionalismo a serem refletidas.

A universalização dos direitos humanos: a tentativa de se eticizar a mundialização

Um dos impulsos fundamentais para a internacionalização do direito a partir dos direitos humanos é a universalização dos direitos humanos. Os *direitos humanos*, como dimensão própria do processo de mundialização, se referem à institucionalização e promoção de um mínimo ético universal, pela garantia de direitos mínimos, sejam estes civis, políticos, sociais, econômicos ou culturais, a serem considerados e realizados de forma integrada e indivisível (*indivisibilidade*) a todos os seres humanos no planeta Terra, indistintamente (*universalidade*). Mesmo que o uso retórico do instituto dos

direitos humanos venha desgastando o primado ético que as demandas sociais e ambientais emergentes impõem, estes ainda se mantêm como o repositório ético do processo de “integração” global, via mundialização, o guião emancipatório de nossos tempos.

Para a Teoria do Direito, os direitos humanos estabelecem uma co-originariedade explícita e indispensável entre o direito e a moral, fazendo a ideia de *pureza*, própria do positivismo jurídico contemporâneo, do direito independente em relação à moral e à política, ser superada pelo reconhecimento de um conteúdo substancial básico, de origem moral, constituído e constituinte da política. É possivelmente o espaço de maior convergência entre o direito e a alteridade, na medida em que se pensa no direito de todos, em todos os lugares, pela concretude do princípio da sociabilidade (cf. Canotilho, 2003, p. 335-354), necessariamente promovido pela ação solidária e mundial.

O momento fulcral para o estabelecimento dos direitos humanos como guião ético do processo de mundialização é a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948. A Declaração consolida “a afirmação de uma ética universal, ao consagrar um consenso de valores de cunho universal a serem seguidos pelos Estados”³, que representam, para Bobbio, a consciência histórica da humanidade, síntese do passado e aspiração para o futuro (cf. Bobbio, 1992, p. 27-28); assinala o limite do que não é admissível no *Nomos* da Terra, pelo direito comum da humanidade (cf. Capella, 2005, p. 13).

A internacionalização dos direitos humanos após a Segunda Grande Guerra marca a transformação do direito positivo para o açambarcamento de novos conteúdos, com a ampliação da tutela jurídica a todos os seres humanos do planeta, sejam mulheres, crianças, pobres, indistintamente das raças e demais características pessoais que possam justificar uma exclusão sistemática, estabelecendo padrões de ética como pilares da civilização. Os direitos humanos passam a ser amplamente positivados por tratados internacionais, regional (Europa, Américas, África) ou universalmente (ONU).

Com isso, os direitos humanos promovem um padrão civilizatório que envolve as práticas políticas e econômicas. No entanto, ainda que se constituam novos instrumentos pela efetividade dos direitos humanos, seja via tratados internacionais ou tribunais internacionais especificamente para a apuração de violações de direitos humanos, as pressões político-ideológicas do mercado vão na contramão da inclusão universal, pois separam os consumidores e os excluídos e, portanto, “invisíveis”, por uma lógica individualista e insustentável própria do (neo)capitalismo⁴.

Os resultados da universalização dos direitos humanos podem ser minimamente apontados a partir de um número muito significativo de Estados que estejam formalmente vinculados aos tratados internacionais de direitos humanos, como pode ser observado no Quadro 1.

Um caso notável de universalização é a Convenção Internacional de Proteção dos Direitos das Crianças, de 1989, da qual 193 Estados são Partes. De certa forma, é possível afirmar que este texto representa um consenso, praticamente universal, sobre os direitos reconhecidos às crianças e aos adolescentes (apesar das reservas⁵). Ainda que o texto por si só não transforme a realidade, é um primeiro passo importante para se projetar padrões de civilidade às novas gerações e definir uma gramática comum no aporte aos direitos humanos voltados à proteção da infância. No entanto, é o Estado nacional o responsável primário pela implementação dos referidos tratados internacionais de direitos humanos, cuja assimilação será problematizada a seguir.

A internacionalização do direito: tendências constitucionais e infraconstitucionais

Cada vez mais, as deliberações realizadas nas relações internacionais afetam de maneira mais rápida e impactante a vida no interior dos Estados nacionais. Da economia ao direito, dificilmente um sistema deixa de ser afetado pelas decisões tomadas nas relações

³ A autora cita trecho de René Cassin, para quem “[e]sta Declaração caracteriza-se, primeiramente, por sua amplitude. Compreende um conjunto de direitos e facultades sem os quais um ser humano não pode desenvolver sua personalidade física, moral e intelectual. Sua segunda característica é a universalidade: é aplicável a todas as pessoas de todos os países, raças, religiões e sexos, seja qual for o regime político dos territórios nos quais incide. Ao finalizar os trabalhos, a Assembleia Geral, graças à minha proposição, proclamou a Declaração Universal, tendo em vista que, até então, ao longo dos trabalhos, era denominada Declaração internacional. Ao fazê-lo, conscientemente, a comunidade internacional reconheceu que o indivíduo é membro direto da sociedade humana, na condição de sujeito direito do Direito das Gentes. Naturalmente, é cidadão de seu país, mas também é cidadão do mundo, pelo fato mesmo da proteção internacional que lhe é assegurada” (Piovesan, 2000, p. 142).

⁴ Para David Held e Anthony McGrew, nas “economias mais avançadas, a competição global mina as coalizões sociais e políticas necessárias aos programas sólidos de bem-estar social e à política de proteção social, enquanto, no mundo em desenvolvimento, os programas de assistência social supervisionados pelo FMI e pelo Banco Mundial restringem severamente os gastos públicos com o bem-estar social” (Held e McGrew, 2001, p. 73).

⁵ A Convenção sobre a Proteção Internacional dos Direitos das Crianças tem mais de 50 reservas de variadas ordens, que podem funcionar como mecanismos para mediar um diálogo intercultural, abrir espaço para ajustes internos para aplicação, ou mesmo se tornar um tratado de direitos humanos à la carte, pelo qual cada Estado assume o que bem entende, numa perspectiva voluntarista e clássica. Sobre o problema das reservas aos tratados internacionais de direitos humanos, ver Daudt (2006).

Quadro I. A universalização de alguns tratados internacionais de direitos humanos.
Chart I. The universalization of some international treaties of human rights.

Ano (assinatura)	Tratado Internacional de Direitos Humanos (ONU)	Estados Partes* (março/2011)**
1948	Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio	141
1966	Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos	167
1966	Pacto Internacional sobre Direitos Sociais, Econômicos e Culturais	160
1966	Convenção Internacional pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial	174
1979	Convenção pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher	186
1984	Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes	147
1989	Convenção Internacional de Proteção dos Direitos das Crianças	193

Notas: (*) Diz-se “Estado Parte” de tratado internacional quando o referido tratado internacional já está em vigor em relação ao Estado, sendo, assim, diferente do número de Estados que assinaram o ato internacional. Acerca destas diferenças, ver artigos 2-18 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969. (**) Organização das Nações Unidas (s.d.).

externas aos Estados, sendo estes partícipes ou não do sistema jurídico-político internacional correspondente. Nesse sentido, mesmo o *direito*, considerado sob o ponto de vista *nacional*, recebe influências determinantes, substanciais e procedimentais, sob os diversos fluxos da mundialização em curso.

Diversos movimentos podem ser descritos ou desmembrados para classificar o processo da internacionalização do direito ou a juridicização do sistema internacional. São fenômenos que podem ser diferenciados pelo contraste, mas ocorrem concomitantemente, sem uma necessária ordem de causa e efeito, origem e consequências. Entretanto, todos tendem a apresentar a aproximação e os reflexos do sistema internacional sobre o sistema jurídico interno. Entre eles, é possível apontar, sob o ponto de vista do *direito interno*:

(a) A *internacionalização do direito* representa a influência do direito internacional sobre a formação e

sobre os conteúdos das normas pertencentes ao sistema jurídico interno dos Estados, tendendo à harmonização dos conceitos de direito constitucional, bem como em relação ao direito infraconstitucional, nalguns casos apontando no sentido do desaparecimento das fronteiras entre direito constitucional e internacional (cf. Tourard, 2000, p. 5);

(b) A *internacionalização do direito constitucional* como parte da internacionalização do direito, fruto da cooperação bilateral e multilateral entre Estados, resultando na harmonização progressiva de conceitos jurídicos e de regulamentações constitucionais, inicialmente de bases nacionais, que se aproximam, na visão de Hélène Tourard⁶ e Elisabeth Zoller (cf. Zoller, 2002, p. 41-166);

(c) A *internacionalização do poder constituinte*, originário ou derivado, como um processo de convergência horizontal de valores expressos na harmonização

⁶ Para Tourard, “[...] le résultat de l’internationalisation pour les droits nationaux est une harmonisation progressive des concepts juridiques et des réglementation qui s’y rapportent” (Tourard, 2000, p. 2); ou ainda, “l’internationalisation est une tendance vers l’harmonisation des concepts de droit constitutionnel entre les États”, ou, para outros autores, “signifie le développement des dispositions constitutionnelles relatives à la position de l’État par rapport au droit international, c’est-à-dire des règles constitutionnelles internationalement relevantes des États”. Il en résulte un mouvement vers l’unité du droit public, tendant à la disparition des frontières entre le droit constitutionnel et le droit international” (Tourard, 2000, p. 6).

dos princípios constitucionais de Estados em torno de princípios comuns, que indicam a influência direta do direito internacional na elaboração, quando originária, e na alteração, quando derivada, das constituições nacionais (cf. Coni, 2006, p. 70-71);

(d) a *harmonização* e *uniformização* do direito pela via do direito internacional privado, que lida com situações jurídicas multiconectadas, também é uma realidade em progresso, na medida em que continentes ajustam formas iguais para responder a conflitos de leis no espaço com conexões internacionais, impulsionada principalmente pela demanda por segurança jurídica em favor dos investimentos internacionais;

Também sob o aspecto *interestatal*/interconstitucional:

(e) A *rede*⁷ de *interconstitucionalidade*, que combina a concepção de Manuel Castells sobre *sociedade em rede* e a teoria da interconstitucionalidade de Canotilho, como a teoria da interculturalidade constitucional, sob a perspectiva de que ocorre uma comunicação interconstitucional⁸.

Estes são alguns dos “movimentos” que se combinam numa mesma teia de influências, que por sua vez redefinem o direito, abrindo-o a uma tendência transnacional, ainda que o ideal seria que a “tendência” preferencialmente se mantivesse perpétua, para permitir a adequação histórica, cultural e contingente do sistema jurídico às sociedades e a seu tempo, progressiva e sistematicamente. Afinal, um direito cosmopolita deve estar aberto às adequações interculturais de maneira inarredavelmente *pacífica* e *democrática*. Eis dois princípios indispensáveis que não se podem perder de vista para um desenvolvimento harmônico deste processo de integração/interação em curso! Interessa, por ora, a explanação de alguns sistemas que premiam a internacionalização do direito a partir dos direitos humanos.

É possível identificar-se pelo menos duas formas de se realizar a abertura do direito interno ao sistema jurídico internacional. Uma, pela própria internalização de atos internacionais através do *iter* constitucional da incorporação de tratados internacionais no sistema jurídico interno e sua respectiva implementação, e, outra, pelo mimetismo de formas e conteúdos em relação aos

padrões recomendados, portanto sem força vinculante, por órgãos internacionais ou seguidos por outros países sem necessariamente a obrigação direta do país anteceder a assimilação daqueles valores.

A tendência constitucional contemporânea ao tratamento privilegiado dos direitos humanos

A extensa positivação internacional dos direitos humanos passou a criar uma tendência constitucional ao tratamento privilegiado destas fontes de direito internacional. É o caso do parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição brasileira de 1988⁹, que reconhece, em patamar constitucional, os tratados internacionais de direitos humanos em que o Brasil for parte. Apesar da resistência jurisprudencial, que concebe a internalização dos tratados de direitos humanos em patamar infraconstitucional, e do eventual retrocesso social provocado pela emenda 45 com a inclusão do parágrafo 3º ao artigo 5º¹⁰, que demanda aprovação ao modo de emenda constitucional dos tratados de direitos humanos, para que sejam efetivamente incorporados em *status* constitucional, esta nova fonte, de direito internacional, realoca a hierarquia das normas em favor de fontes internacionais, por conta da nobreza do seu conteúdo.

Trata-se de uma tendência não apenas brasileira, mas internacional, ainda que mais ocidental que mundial. A Constituição da República do Chile, por exemplo, expressa, no artigo 5º, o reconhecimento da abertura da soberania em favor do respeito aos direitos humanos. Segundo a Constituição chilena, “o exercício da soberania reconhece como limitação o respeito aos direitos essenciais que emanam da natureza humana. É dever dos órgãos do Estado respeitar e promover tais direitos, garantidos por esta Constituição, assim como pelos tratados internacionais ratificados pelo Chile e que se encontrem vigentes.”

Pela Constituição política do Peru de 1993, os direitos constitucionalmente reconhecidos se interpretam em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e com os tratados de Direitos Humanos ratificados pelo país. A Constituição da

⁷ A ideia de rede é um dos conceitos mais importantes a serem estudados ao se levar em conta que a mundialização é um processo de interação entre indivíduos e grupos. As “redes” requerem certo grau de longevidade e fortalecimento institucional. De qualquer sorte, os autores afirmam não querer passar a ideia banal de que tudo está ligado a tudo (cf. Osterhammel e Petersson, 2005, p. 22-23).

⁸ Ver as obras: Canotilho (2006a, 2006b, p. 145-154, 2003, p. 1425-1430).

⁹ Artigo 5º, § 2º da Constituição da República Federativa do Brasil: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

¹⁰ Artigo 5º, § 3º da Constituição da República Federativa do Brasil: “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” (Sarlet, 2006, p. 183-200).

Guatemala de 1985, em seu artigo 46, determina que os tratados de direitos humanos que a Guatemala se torna parte têm preeminência sobre o direito interno. A Constituição da Nicarágua de 1985, em seu artigo 46, dispõe que os direitos consagrados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, pelos Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas e pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos integram, para fim de proteção, a enumeração constitucional de direitos. Agregam-se aos exemplos enumerados a Constituição colombiana de 1991, artigo 93; a Constituição do Paraguai, artigo 141 e 137; a Constituição de Honduras de 1982, artigo 18; a Constituição de El Salvador de 1983, artigo 144, entre outras tantas.

Com isso, percebe-se que os tratados internacionais de direitos humanos são reconhecidos na ordem interna de seus Estados Partes tanto em patamar constitucional quanto supralegal. Ambas as condições são possíveis no Brasil, conforme entendimento majoritário (seis ministros) do STF no RE 466.343, ainda que parte importante (cinco ministros) tenha se manifestado pela constitucionalidade de todos os tratados internacionais de direitos humanos que o Brasil é parte, o que já é advogado há décadas por parte substancial da doutrina brasileira¹¹.

As repercussões infraconstitucionais

A internacionalização do direito pela via dos direitos humanos também se reflete em mudanças materiais e formais no direito interno. A internalização de atos internacionais de direitos humanos diz respeito à aplicação das fontes de Direito Internacional dos Direitos Humanos. É a sua implementação, na ordem interna, pelas vias legislativa, executiva e judiciária, principalmente no âmbito da União, pois as obrigações recaem primordialmente sobre as competências do Estado federal, mas todos os entes federados e poderes são vinculados. Tais alterações materiais e formais no direito interno são ditadas pelas obrigações do Estado em face de algum ato internacional do qual tenha manifestado vontade de participar ou a que por consequência destas esteja obrigado. Incluem-se todos

os mecanismos de implementação, direta e indireta, de declarações, tratados internacionais que o Estado seja parte ou em função de jurisprudência internacional que tenha implicações ao Estado.

A internalização de atos internacionais vai além do *iter* processualístico à manifestação da vontade do Brasil em se tornar parte do tratado, que envolve assinatura, aprovação do Congresso Nacional por meio de Decreto Legislativo e decreto presidencial com posterior depósito do instrumento de ratificação. Engloba também todos os mecanismos de implementação do ato previstos no texto do tratado, que passam a repercutir depois de o Estado se tornar parte do mesmo, ou seja, depois de o tratado entrar em vigor para o país (Medeiros, 2007; Mazzouli, 2002).

Em regra, os mecanismos de implementação de um tratado internacional envolvem a elaboração de legislação nacional (como o caso da lei que criminaliza a tortura no Brasil resultante da implementação do tratado internacional dedicado ao tema – apesar da lei brasileira alterar o conceito de tortura), conforme requisitos do ato, além de eventuais ajustes institucionais para atender às obrigações, podendo surgir mesmo uma nova gramática resultante de um novo paradigma para a abordagem do tema – e.g. a questão das pessoas com deficiência, em que se estabelece novo modelo de acessibilidade.

A necessidade da elaboração de uma legislação nacional pode ser expressa ou tácita, sendo decorrente da necessidade de certos institutos reconhecidos no direito interno. São expressos os casos do artigo 2º, § 1º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹² de 1966, ratificado pelo Brasil em 1992, do § 2º do artigo 3º da Convenção sobre Direitos da Criança de 1989¹³, entre tantos outros que requerem medidas legislativas adequadas para que seja viabilizada a implementação dos conteúdos.

A implicação tácita tem a ver com certas prerrogativas ao Estado em adequar-se aos termos do ato. Vide o caso do Estatuto de Roma, em que os Estados devem adotar uma lei própria para serem capazes de responsabilizar criminalmente os indivíduos nacionais pelo cometimento dos crimes tipificados pelo Estatuto.

¹¹ Diversos autores advogam pela constitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, ainda conforme a proposta do § 2º do artigo 5º da Constituição brasileira (cf. Bolzan de Morais, 2005, p. 3-54; Piovesan, 2007; Cançado Trindade, 1999; Sarlet, 1998; Mazzouli, 2002), cujo texto foi defendido em audiência pública por Antonio Augusto Cançado Trindade e aplicado às avessas pelo STF.

¹² No Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, artigo 2º, § 1º, consta: "Cada Estado Membro no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas."

¹³ Artigo 3º, § 2º da Convenção: "Os Estados Partes se comprometem a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários para seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas."

Para que seus nacionais não sejam entregues, pelas implicações da complementaridade do tribunal internacional, o Estado deve ser capaz de punir os nacionais nos termos do Estatuto. Por conta disso, corre no Congresso Nacional o Projeto de Lei 301 de 2007.

Os atos internacionais geram repercussões além de sua mera execução ou implementação formal e obrigatória em relação aos Estados Partes. Até que um ato internacional, notadamente aqueles de cunho universal, seja concluído, ocorre a formação de uma opinião pública transnacional. Tal opinião forma-se a partir da base fática, demonstrada por relatórios internacionais, que justifica a existência do ato. Por conta disso, mesmo países que não são partes dos atos internacionais por vezes passam a assimilar certos conteúdos como forma de responder à nova percepção da realidade em face da nova opinião pública sobre tais circunstâncias.

Considera-se aqui a implementação de atos internacionais aos quais o Estado se vinculou por atitude soberana. No entanto, há considerável número de situações em que a autoridade estatal não tem muito pelo que optar, a não ser cumprir as “recomendações” dos organismos internacionais e dos demais Estados em decorrência da dependência do Estado ou mesmo da “opinião consultiva” de um tribunal de direitos humanos, mesmo não vinculante. É o que ocorre com Estados hipossuficientes até mesmo para a construção de sua infraestrutura mínima, que se mantém com ajuda internacional e, por outro lado, deve seguir certas regras para manter a essa assistência.

Além dos tratados internacionais de direitos humanos, a jurisprudência internacional das cortes de direitos humanos representa hoje mais um elemento para a convergência do tratamento de valores jurídicos referenciais, com a responsabilização internacional do Estado por violação dos direitos humanos (cf. Ramos, 2004). Duas cortes de direitos humanos se destacam, a corte europeia e a corte interamericana (cf. Piovesan, 2007), com decisões contundentes nas deliberações internas. Uma situação interessante de influência da Corte Interamericana de Direitos Humanos foi o caso “A última tentação de Cristo”, cuja condenação do Chile incluía uma alteração constitucional, que fora realizada.

Mas a internacionalização do direito também ocorre de forma indireta. Há repercussões internas da existência

dos tratados internacionais de direitos humanos que podem ocorrer mesmo antes da sua abertura para assinaturas, principalmente quando a elaboração do texto do tratado abrange a formação de uma opinião pública internacional, a qualificação técnica do debate sobre o tema e o seu enfrentamento no interior dos Estados nacionais. Com isso, acontece a adoção de políticas públicas e promulgação de legislações nacionais antes mesmo da conclusão do tratado, mas concomitantemente à sua negociação.

Tudo isso gera uma qualificação substancial no direito interno, cuja incidência impacta o constitucionalismo e o Estado nacional.

Estado nacional e constitucionalismo “na” internacionalização do direito: desafios do cenário pós-nacional

O adjetivo “pós-nacional”, empregado por Habermas¹⁴, dá o tom da expressão que a internacionalização do direito implica para o constitucionalismo e o Estado nacional. O tratamento dos direitos humanos, em particular, promove uma reviravolta paradigmática na modernidade jurídica; implica, também, uma revisão conceitual nas relações entre o direito interno e o direito internacional, impondo uma reflexão renovada quanto aos mecanismos e estratégias na e para a aplicação do direito convencional dos direitos humanos pelos órgãos internos dos países que compartilham as definições constantes de tais normas, sobretudo no que se refere às relações com o direito constitucional de base nacional (cf. Bolzan de Morais, 2006, p. 23-24).

As transformações no Estado nacional e no constitucionalismo também são fruto do processo de emancipação do ser humano individual como sujeito de direito internacional (ainda que para muitos doutrinadores essa emancipação não esteja concluída). Emancipação que é reflexo das alterações do direito internacional público não mais como mero direito interestatal, atendo-se limitadamente aos direitos e deveres dos Estados, mas como aquele que inclui entre seus sujeitos também organizações internacionais, pessoas individuais e a própria humanidade, sendo, assim, o direito internacional tendencialmente como um direito da humanidade¹⁵.

¹⁴ Cf. Habermas (2001).

¹⁵ “In the course of the last century International Law has undergone an extraordinary development, which gradually took the shape of an *historical process of its humanization*. Traditional International Law, in force at the beginning of the XXth century, was characterized by unlimited State voluntarism, reflected in the permissiveness of recourse to war, secret diplomacy and the celebration of unequal treaties, the maintenance of colonies and protectorates and zones of influence. Against this oligarchical and unjust order arose principles such as those of the prohibition of war of aggression and of the use and threat of force, – and of the non-recognition of situations generated by these latter, – of the juridical equality of States, and of the peaceful settlement of international disputes. Moreover, the struggle against inequalities started with the abolition of the capitulations, the establishment of the system of protection of minorities under the League of Nations, and the early international labour conventions of the international Labour Organization [...] The process of *democratization* of International Law was then launched” (Cançado Trindade, 2010, p. 635).

Todavia, são transformações que se dão no bojo das tensões próprias de um processo de mundialização, multifacetado e ambíguo, cujos avanços cosmopolitas também são “contrabalançados” pelos influxos da ideologia neoliberal¹⁶, por vezes exercendo influência amoralizante sobre as políticas públicas estatais, sobretudo de cunho social. O risco, manifestado pela jurista francesa Delmas-Marty (cf. 2003, p. 9-18), diz respeito à possibilidade da decomposição do sistema jurídico pelo mercado, na medida em que o direito passa a se tornar um instrumento de concorrência para atrair o capital internacional. Trata-se do mercado da lei, num ambiente onde quem manda é a lei do economicamente mais forte.

O diálogo entre globalização econômica e direitos humanos deve ser realizado pelas vias institucionais, estatais ou internacionais constituídas, na medida em que a responsabilidade social das empresas e os parâmetros éticos do mercado são requisitos dos consumidores e dos parceiros produtivos, como o caso do Pacto de Direitos Humanos da ONU para as empresas, que indica procedimentos, comportamentos e culturas a serem implementados pelo setor econômico. É preciso lembrar que a proteção da pessoa humana não se exaure, e nem pode se exaurir, na ação dos Estados (cf. Cansaço Trindade, 1999, p. 19-48).

Por fim, é necessário apontar alguns desafios e riscos que uma eventual condensação de culturas jurídicas tende a enfrentar, como a que está sendo implementada na Europa e mesmo na região meridional da América do Sul. Sem a adequação ao regime democrático e ao reconhecimento de direitos humanos e fundamentais, é pouco provável que qualquer processo de integração ter-se-ia desenvolvido sólida e continuamente, dando azo à formação de organizações supraestatais/superestados que alteram visceralmente o conceito de Estado pelas transformações no papel da soberania.

Entre outros aspectos que têm o condão de esvaziar o potencial emancipatório dos avanços propugnados pelos direitos humanos está a colocação de reservas e declarações interpretativas restritivas aos tratados internacionais de direitos humanos. As reservas são mecanismos que alteram ou modificam as obrigações decorrentes dos tratados internacionais em relação aos Estados Partes – ainda que não sejam necessariamente possíveis em todos os tratados. No caso dos

tratados internacionais de direitos humanos, as reservas podem servir como evasivas à efetivação de direitos, assim como mediar debates, resistências ou dificuldades interculturais e interinstitucionais de relevo¹⁷. Como lidar com o problema das reservas aos tratados internacionais de direitos humanos para que os mesmos não sejam expressão de uma versão voluntarista do direito internacional e se tornem condições de possibilidade para o direito da humanidade?

Ademais, a internacionalização do direito coloca em questão a legitimidade da produção normativa, pois o poder (interno estatal) democraticamente legitimado para ser o centro da produção legislativa é tornado um órgão para ratificação/adesão ou implementação dos tratados internacionais, em regra chancelando o texto produzido nas relações internacionais, internalizando-o. Assim, os destinatários se tornam obrigados a determinados conteúdos cuja produção é extraterritorial/extranacional.

Entretanto, em se tratando de tratados internacionais de direitos humanos, esta preocupação quanto à legitimidade deve ser revisitada, tendo em vista que a abertura do sistema normativo à recepção integrativa de textos legais que visam assegurar direitos humanos pode representar um incremento qualitativo dos direitos tutelados e promovidos pelo Estado, em favor das pessoas. Portanto, não há perdas em razão da infiltração de conteúdos com “legitimidade questionável”, mas ganhos em termos de cidadania pela inclusão de novas garantias e direitos que passam a integrar o elenco de direitos fundamentais.

O risco indesejável, e talvez inevitável, é o de uma ocidentalização do mundo, com a tendência de condensação de culturas cuja preponderância tende a fazer com que a robustez econômica seja o critério primeiro. Aliás, talvez ocidentalização não seja o termo mais preciso, pois regiões como a América Latina e a África mais absorvem e mimetizam processos de americanização e europeização do que efetivamente contribuem de forma dialógica para a construção de um direito mundial. Trata-se de uma “internacionalização”, portanto, que em grande parte das vezes tem endereço de saída e de chegada. A europeização das instituições públicas no âmbito do direito dos povos pode ocorrer tanto por uma imposição colonizadora quanto pelas sofisticadas técnicas jurídico-políticas desenvolvidas no velho conti-

¹⁶ “Il n’y a pas, contrairement à ce que l’on pourrait croire, de rejet massif et global de la mondialisation. Celle-ci constitue un processus désormais trop diversifié, trop multiforme et trop contradictoire pour donner lieu à des clivages simples” (Laidi, 2002, p. 25).

¹⁷ “Ademais, a inserção do Estado na comunidade internacional, por meio da celebração de Tratados que, cada vez mais, impedem a oposição de reservas, amplia a recepção de cláusulas pactuadas que são frequentemente inconstitucionais. Sendo assim, resta proceder à revisão constitucional para a devida conformação (agora, de fato, da Constituição ao Tratado) ou, simplesmente, denunciar ao Tratado. Não resta dúvida, a este ponto de interdependência global e de necessidade de ampliação dos mercados, sobre qual será a resposta jurídico-política a esse problema” (Coni, 2006, p. 72).

nente e implementadas voluntariamente como as referências principais a serem seguidas. De toda forma, foi a tradição, legado de certo modo da colonização, que se instituiu, com todos os seus anacronismos ínsitos, e sua “importação” ou transposição de conteúdos gera dificuldades e distorções na implementação pela não “naturalização” cultural.

Trata-se de uma transformação conteudística do Estado contemporâneo, por onde as crises do Estado afetam o “lugar” do constitucionalismo, que passa do âmbito nacional para o regional e, eventualmente, projeta um âmbito mundial/cosmopolita. Constitucionalismo esse que toma a forma do mesmo de documentos legislados nacionalmente para pactos construídos negocialmente em escala internacional sob o formato de tratados, como é o caso dos tratados internacionais de direitos humanos.

Considerações finais

É possível afirmar-se que, pela via dos tratados internacionais de direitos humanos, há uma tendente aproximação gramatical de direitos que passam a ser reconhecidos institucionalmente por uma gama considerável de Estados nacionais, com a acomodação progressiva do sentido de dignidade da pessoa humana para os mais diversos Estados e culturas jurídicas, que, por outro lado, não significa, de qualquer forma, uma homogeneidade, unívoca e não contraditada, quanto aos valores jurídicos dos direitos humanos.

As divergências em torno da universalidade e da indivisibilidade dos direitos humanos se tornam claras pela observância do número de reservas opostas aos tratados internacionais de direitos humanos e pelas práticas institucionais contraditórias. Afinal, o reconhecimento formal não é suficiente para mudar toda uma cultura institucional impregnada, e o apoio às violações de direitos humanos demonstrado pelo silêncio eloquente por parte da opinião pública.

Assim, a internacionalização do direito, a partir de valores contemporizados pelo direito internacional, reintroduz no direito os axiomas a partir dos ideários dos direitos humanos, que se tornam o guião emancipatório dos cidadãos do planeta após a dramática experiência encerrada em 1945. A partir de então, a história do constitucionalismo passa também pela abertura das constituições ocidentais às cartas internacionais de direitos (humanos e fundamentais). Isto não quer dizer que o direito dos Estados nacionais não estivesse sempre “aberto” à recepção de novos conceitos nascidos fora de suas fronteiras, assim

como são grande parte dos principais componentes da organização política brasileira – soberania popular, federalização – ainda que sempre “à brasileira”. Desse modo, a internacionalização do direito com fulcro nos direitos humanos se projeta com um referencial ético importante, apesar de questionável sua preponderância em relação ao jogo de tensões que açambarca no seu interior.

Tal fenômeno tem conduzido a uma crise de soberania, como a crise conceitual do Estado (moderno) (Bolzan de Morais, 2002, p. 1-58). As decisões últimas para a atuação estatal não mais ocorrem exclusivamente no interior do próprio Estado. O Estado, ao mesmo tempo em que pode participar da formação do sistema jurídico internacional, passa a ceder capacidade decisória às deliberações realizadas em instâncias interestatais, supraestatais e transnacionais. Há uma redução das alternativas às decisões nacionais por conta do papel normatizador que as redes interestatais (econômicas, políticas ou sociais) exercem.

Ante os quatro movimentos da mundialização, é possível concluir que surgiram novas demandas, novos atores, novas instâncias e novos direitos que oferecem uma nova dimensão à ciência política, com implicações mais sérias da interestatalidade à Teoria do Estado e da Política.

A internacionalização do direito pela via dos direitos humanos disponibiliza aos operadores jurídicos um ferramental teórico-dogmático em condições de instrumentalizar o direito como vetor de transformação social ao alargamento da inclusão cidadã que propõe o modelo civilizatório brasileiro propugnado pela Constituição, a exemplo do sistema interamericano de direitos humanos. Deste modo, a internacionalização pode ocorrer no sentido do fortalecimento da identidade jurídica nacional ainda que ressignificando-a.

Independentemente das formas diretas ou indiretas com que a internacionalização do direito vem acontecendo, o *medium* linguístico que é o direito tende a uma aproximação pós-nacional de conteúdos e formas que transformam de forma paradigmática o próprio constitucionalismo e, assim, o Estado nacional.

Referências

- BOBBIO, N. 1992. *A era dos direitos*. São Paulo, Paz e Terra, 120 p.
- BOLZAN DE MORAIS, J.L. 2006. Crises do Estado, democracia política e possibilidades de consolidação da proposta constitucional. In: J.J.G. CANOTILHO; L.L. STRECK (coords.), *Entre discursos e culturas jurídicas*. *Stvdia Ivridica*, **89**:15-46.
- BOLZAN DE MORAIS, J.L. 2005. As crises do Judiciário e o acesso à Justiça. In: W. de M. AGRA (coord.), *Comentários à reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro, Forense, p. 3-54.

- BOLZAN DE MORAIS, J.L. 2002. *As crises de Estado e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 128 p. (Col. Estado e Constituição).
- CANÇADO TRINDADE, A.A. 1999. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre, SAFE, 488 p.
- CANÇADO TRINDADE, A.A. 2010. *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*. Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 728 p. <http://dx.doi.org/10.1163/ej.9789004184282.i-728>
- CANÇADO TRINDADE, A.A. 1999. A consolidação da capacidade processual dos indivíduos na evolução da proteção internacional dos direitos humanos: quadro atual e perspectivas na passagem do século. In: P.S. PINHEIRO; S.P. GUIMARÃES, *Direitos humanos no século XXI*. Brasília, FUNAG, p. 19-48.
- CANOTILHO, J.J.G. 2006a. "Brançosos" e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Lisboa, Almedina, 346 p.
- CANOTILHO, J.J.G. 2006b. A governança do terceiro capitalismo e a Constituição Social. In: J.J.G. CANOTILHO; L.L. STRECK (coords.), *Entre discursos e culturas jurídicas*. Boletim da Faculdade de Direito, *Stvdia Iuridica*, 89:145-154.
- CANOTILHO, J.J.G. 2003. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed., Coimbra, Almedina, 1522 p.
- CAPELLA, J.-R. 2005. La globalización: ante una encrucijada político-jurídica. In: M. ESCAMILLA; M. SAAVEDRA, *Derecho y justicia en una sociedad global*. Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Granada, International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy/ Universidad de Granada, p. 13-24.
- CONI, S. 2006. *A internacionalização do poder constituinte*. Porto Alegre, Safe, 168 p.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. [s.d.]. Sentença do caso Gomes Lund ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 21/07/2012.
- DAUDT, G.P. 2006. *Reservas aos tratados internacionais de direitos humanos: o conflito entre a eficácia e a promoção dos direitos humanos*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 222 p.
- DELMAS-MARTY, M. 2003. *Três desafios por um direito mundial*. São Paulo, Martins Fontes, 206 p.
- HABERMAS, J. 2000. *A Constelação Pós-Nacional: ensaios políticos*. Rio de Janeiro, Littera Mundi, 220 p.
- HELD, D.; MCGREW, A. 2001. *Prós e contras da globalização*. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 108 p.
- LAÏDI, Z. 2002. Mondialisation: entre réticences et résistances. *Revue du Mauss*. Quelle 'autre mondialisation'? Mouvement Anti Utilitariste en Sciences Sociales. Semestrielle. N. 20/02/2002, Paris, La Découverte.
- MAZZUOLI, V. de O. 2002. *Direitos humanos, constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira*. São Paulo, Juarez Freitas, 422 p.
- MEDEIROS, A.P.C. de (org.). 2007. *Desafios do direito internacional contemporâneo*. Jornadas de Direito Internacional Público do Itamaraty. Brasília, Fundação Alexandre de Gusmão, 460 p.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. [s.d.]. United Nations Treaty Collection. Disponível em: <http://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&lang=en>. Acesso em: 08/03/2011.
- OSTERHAMMEL, J.; PETERSSON, N.P. 2005. *Globalization: A short history*. Princeton, Princeton University, 182 p.
- PIOVESAN, F. 2000. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. São Paulo, Saraiva, 464 p.
- PIOVESAN, F. 2007. *Direitos humanos e justiça internacional*. São Paulo, Saraiva, 272 p.
- RAMOS, A. de C. 2004. *Responsabilidade internacional por violação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro, Renovar, 440 p.
- SARLET, I.W. 1998. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 386 p.
- SARLET, I.W. 2006. A reforma do Judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: algumas notas sobre o novo § 3º do art. 5º da Constituição. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, 1(4):183-200.
- TOURARD, H. 2000. *L'internationalisation des constitutions nationales*. Paris, LGDI, 724 p.
- ZOLLER, E. 2002. Aspects internationaux droit constitutionnel. *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de La Haye*, 294:41-166.

Submetido: 13/08/2012

Aceito: 15/12/2012