

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS II

CECILIA CABALLERO LOIS

MARGARETH ANNE LEISTER

VLADMIR OLIVEIRA DA SILVEIRA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito internacional dos direitos humanos II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Cecilia Caballero Lois, Margareth Anne Leister, Vladimir Oliveira da Silveira – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-167-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito Internacional. 3. Direitos Humanos. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS II

Apresentação

A proteção e efetivação dos direitos humanos para além das fronteiras nacionais é o elo que liga os diversos trabalhos aqui reunidos. Com efeito, a constatação de que, diante da necessidade de assegurar a proteção dos indivíduos ou grupos sub-representados, a soberania estatal é dogma superado ou, pelo menos, fortemente questionado, cada um destes trabalhos vai oferecendo a sua colaboração para a construção de um novo paradigma jurídico/político. O leitor poderá encontrar uma gama de contribuições que abordam desde questões técnicas a respeito do funcionamento do sistema interamericano de direitos humanos, passando pela análise das suas principais decisões, até trabalhos que discutem casos específicos.

O artigo denominado O tribunal penal internacional na repressão do crime de genocídio, a autora Inês Lopes de Abreu Mendes de Toledo analisa algumas decisões do Tribunal Penal Internacional (doravante TPI), em especial aquelas que tem como destinatários países não signatários do Tratado de Roma. A autora, partindo do pressuposto da crescente universalização dos direitos humanos, sustenta que, mesmo estes Estados deveriam ser responsabilizados diante de crimes passíveis de sanções internacionais.

Elisaide Trevisam e Margareth Anne Leister em seu artigo, denominado O interculturalismo como via para uma convivência humanitária, partem de um pressuposto inexorável, qual seja, que a pluralidade de culturas das sociedades contemporâneas é fato primordial na sua composição e somente a partir deste é devem ser pensadas as formas de integração. Com base neste pressuposto, o trabalho das autoras discute de que forma podem ser pensados dos processos de integração com base na experiência do interculturalismo. Isto implica, com bem irão explicar as autoras em ultrapassar as bases do multiculturalismo e encontrar formas que ultrapassem o mero respeito e tolerância para atingir o reconhecimento e das diversidades como fundamento da convivência humanitária.

Na mesma linha de pensar formas de convivências democráticas e que respeitem a alteridade temos o artigo de Camila Mabel Kuhn e Letícia Albuquerque, O processo de internacionalização dos direitos humanos: uma leitura crítica. A partir de uma contraposição entre Teoria Crítica e a Teoria Tradicional, o artigo tem por finalidade analisar o que a primeira tem a dizer sobre os Direitos Humanos, assim como analisar seu processo de internacionalização. Para as autoras, a Teoria Crítica dos Direitos Humanos rá possibilitar um novo olhar para o estudo e previsão deste tema, uma vez que busca não só a análise das

previsões internacionais destes direitos, mas a sua efetivação no contexto fático, tal qual como é e ainda, como deveria ser. Por fim, o artigo expressa a sua preocupação para que os direitos humanos sigam avançando, de forma efetiva, enquanto um direito que segue em transformação contínua, tal qual seu objeto de proteção.

Em A questão de gênero como vulnerabilidade da mulher: da convenção de Belém do Pará à Lei Maria da Penha, os autores Bárbara Helena Simões , Cicero Krupp da Luz discutem como os órgãos internacionais de proteção aos direitos humanos tem cumprindo um papel fundamental na proteção e guarda destes direitos. O artigo mostra como após responsabilização pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o Brasil publicou a Lei 11.340 a Lei Maria da Penha, destinada para a proteção das mulheres. Assim, o trabalho que o leitor irá encontrar, destina-se a refletir sobre a relação entre a violência de gênero e a atuação do direito internacional na promoção e proteção dos direitos das mulheres.

Ainda dentro dos importantes e crescentes debates sobre gênero, no presente volume o leitor irá encontrar o belo artigo A relevância da imigração frente aos papéis impostos ao gênero: cidadania, direitos humanos e diversidade cultural de Taiane da Cruz Rolim e Leonardo Canez Leite. Com efeito, os autores tem por objetivo demonstrar que os fenômenos migratórios devem ser pensados também a partir de uma perspectiva de gênero. Em seu trabalho, os mesmos demonstram a importância do reconhecimento de papéis impostos aos mulheres e homens no decorrer do desenvolvimento da sociedade, estabelecendo a centralidade da categoria gênero como constituinte da identidade coletiva dos sujeitos migrantes e, especialmente, como forma de preservar a multiculturalidade e diferença na formação da cultura pública.

Ana Paula Teixeira Delgado, em seu cuidadoso texto denominado Perspectivas jurídicas da imigração haitiana no Brasil: em busca de novos aportes, aborda o paradoxal e incerto caráter jurídico da proteção concedida aos haitianos que migraram para o Brasil após o terremoto de 2010. A partir da constatação de que este fluxo migratório representa um fenômeno capaz de redimensionar a forma de olhar e tratar o Outro, a autora demonstra como é inconstante e limitada a relação que o Brasil estabelece com estes migrantes, apontando para o fato de que não lhes foi concedida nem sequer a condição de refugiados, levando os mesmos a permanecer em território nacional em condição incerta e indeterminada. Por fim, a partir do caso haitiano a autora propõem a necessidade de revisão e releitura dos instrumentos internacionais e da normativa interna para casos similares.

Ainda sobre este tema que ganha importância cada vez maior no Brasil, Raynara Souza Macedo e Maristela Xavier Dos Santos em seu trabalho denominado Refugiados no Brasil:

realidades, trabalho e perspectivas, elencadas questões atinentes à proteção do trabalho no cenário mundial, chamando atenção para a condição da precariedade do trabalho no cenário mundial, chamando atenção o aparecimento do homo faber (Agambem) no desenvolvimento das atividades humanas em decorrência da desvalorização da produção levada a termo pelo homem. Esta situação, como bem relata o artigo, se agrava em relação aos migrantes que exercem, em maioria, trabalhos análogos ao escrevo. O trabalho aponta então para a necessidade de Com o fito de embasar a proteção do direito ao trabalho para os refugiados, o trabalho aponta para a necessidade de delinear os instrumentos normativos em âmbito internacional e interno, aptos a salvaguardar os direitos dos trabalhadores, especialmente dos refugiados.

Em Perseguição às minorias religiosas no cenário internacional e a eficácia dos instrumentos jurisdicionais de defesa dos direitos humanos de Isabelly Cristinny Gomes Gaudêncio e Karina Pinto Brasileiro partem do pressuposto que reconhecer a liberdade religiosa significa garantir que as pessoas possam agir livremente na sociedade, assim como compreender que existe uma obrigação, por parte do Estado, de conferir aos cidadãos as condições necessárias para que possam exercer efetivamente tal direito. Por isto mesmo, quando um Estado atua no sentido de efetuar ou até mesmo não coibir uma determinada perseguição religiosa estamos diante de um fato que pode e deve ser combatido pela atuação de organismos internacionais.

O trabalho Regimes jurídicos e os povos da floresta: Um breve balanço da aplicação de regimes jurídicos internacionais na proteção de comunidades indígenas tem como objetivo identificar os regimes jurídicos internacionais aplicáveis às populações indígenas. O texto procura explicitar que existem normas internacionais destinadas para a proteção e reparação de lesões sofridas pelos povos originários e, ainda, que essas normas estão associadas, não só a regimes jurídicos distintos, como também impactam no estabelecimento de uma correlação entre direito e desenvolvimento.

A compatibilidade da legislação interna com a convenção internacional sobre os direitos da pessoa com deficiência no acesso aos cargos públicos preocupa-se em debater a compatibilidade da legislação interna com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, em especial a questão da reserva de vagas em concursos públicos. Inicialmente, busca definir quais sujeitos podem ser considerados como pessoas com deficiência, apontando este conceito como abrangente, uma vez que agrega o ambiente econômico e social no qual se insere o destinatário da proteção, ao se referir às interações com diversas barreiras. Tomando por base a legislação interna (Decreto 3.298/1999), o artigo defende que esta não atende de forma plena aos valores da Convenção sendo, então,

legítimo a intervenção do Poder Judiciário para verificar se certo candidato pode se beneficiar das vagas reservadas, quando sua deficiência não estiver nas definições de deficiência da legislação interna.

A FERTILIZAÇÃO CRUZADA E O REDIMENSIONAMENTO DAS DECISÕES JUDICIAIS ENQUANTO FONTE FORMAL DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS analisa o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça como mero meio auxiliar de interpretação do Direito Internacional, e o diálogo entre fontes, dada a expansão da jurisdição internacional.

Em Uma introdução ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: reflexões sobre sua história, estrutura e o recente posicionamento do estado brasileiro, o leitor irá encontrar uma excelente reconstrução histórica de formação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Explorando os diversos momentos da trajetória histórica do órgão, o artigo aponta para as significativas transformações sofridas frente aos diferentes cenários políticos vivenciados no continente americano. Ressalta, por exemplo, o papel que o SIDH desempenhou durante as décadas de 1970 e início de 1980, de crítica e combate às graves violações de direitos humanos perpetradas pelas ditaduras militares instauradas na América Latina. O trabalho também ressalta importantes críticas que o SIDH sofreu por conta de uma forte crise institucional, quando vários países passaram a critica-lo abertamente afirmando que o órgão era tendencioso e alinhado à política norte-americana. O trabalho também explicita os órgãos que o compõem e suas competências; as principais ações; o seu funcionamento; e, ainda, traz importantes reflexões sobre o seu papel político e institucional. Por fim, explicita questões importantes sobre a relação do SIDH e o Estado brasileiro. Trata-se, portanto, de leitura imprescindível para a compreensão global do sistema.

A obrigatoriedade das medidas cautelares da Comissão Interamericana de Direitos Humanos: mecanismo de garantia dos direitos humanos no contexto interamericano investiga o seu surgimento institucional das referidas medidas e os caminhos para a sua posterior obrigatoriedade. Trata, acima de tudo, de verificar se estas se constituem em mecanismo mais eficaz para a proteção da vida e da integridade física dos cidadãos do continente americano. Partindo do pressuposto, por impedir o abuso de imediato em situações flagrantes de desrespeito aos Direitos Humanos, o que reforça a necessidade dos Estados cumprirem suas recomendações de boa-fé em razão de sua importância moral, além de ser obrigação jurídica internacional. Partindo do pressuposto que somente o conhecimento dos instrumentos básicos do sistema pode garantir seu funcionamento, o artigo aponta a centralidade do estudo das medidas cautelares. Assim, neste trabalho, estas são apresentadas inicialmente sob uma perspectiva teórica, logo após, debate-se a sua evolução e por fim, a sua aplicação ao longo

das décadas. O artigo ratifica a importância do mecanismo das medidas de urgência no contexto do Sistema Interamericano, com a ressalva de que as medidas cautelares que surgiram a partir de uma prática reiterada da Comissão Interamericana, jamais de um projeto político idealizado e chancelado pelos Estados nacionais, acabaram tendo por vezes sua validade questionada. Contudo, o trabalho caminha para demonstrar a validade jurídica das medidas cautelares e recomenda o abandono imediato do seu aspecto político, assumindo a sua normativa, que é o verdadeiro objetivo e natureza do mecanismo de urgência.

Em Responsabilidade Internacional de Estados por violações de direitos sociais trabalhistas: uma análise de casos do Sistema Interamericano de Direitos humanos, Monique Fernandes Santos Matos aborda a atuação dos dois órgãos principais do SIDH: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Com IDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), em suas tarefas relativas à responsabilização internacional de Estados violadores de direitos humanos dos trabalhadores, uma vez que considera os direitos sociais trabalhistas também devem ser objeto de proteção do SIDH. O artigo inicia lembrando que, no campo dos direitos humanos, a responsabilização internacional dos Estados é essencial para reafirmar a juridicidade deste conjunto de normas voltado para a proteção dos indivíduos e para a afirmação da dignidade humana. Firmando este pressuposto, a autora analisa alguns casos sobre o tema da responsabilidade internacional de Estados violadores de direitos humanos trabalhistas apresentados perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos ou julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, com o objetivo de verificar se a jurisprudência da Corte IDH é condizente com o avanço da legislação sobre direitos sociais no contexto regional americano, e de avaliar seu estágio atual de evolução. Com base nestes dados, a autora constata a existência de uma primazia considerável na judiciabilidade e efetividade dos direitos civis e políticos, em comparação com os direitos sociais, econômicos e culturais. Em seu trabalho demonstra o quão são os julgamentos envolvendo os direitos sociais, apesar de altamente frequentes no contexto regional americano.

A CRIAÇÃO DO CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS DA ONU E DA REVISÃO PERIÓDICA UNIVERSAL, E A PARTICIPAÇÃO DO BRASIL NOS DOIS PRIMEIROS CICLOS DE AVALIAÇÃO (2008-2012) foi a contribuição de Thiago Cardoso Nalesso, avaliando os Relatórios apresentado pelo Estado brasileiro.

A pobreza como óbice à liberdade de expressão: diagnósticos e soluções do sistema interamericano de direitos humanos, de Danielle Anne Pamplona e Anna Luisa Walter de Santana Daniele, relaciona a pobreza à falta de liberdade de expressão nas Américas, uma vez que e exclui essas pessoas dos processos comunicativos e, consequentemente do processo

democrático. As autoras iniciam ressaltando o fato de que o direito à liberdade de pensamento e de expressão tem sido objeto de preocupação e estudo constante no âmbito do Sistema Interamericano em razão da sua importância para a proteção da autonomia individual e a promoção da democracia. Logo após, o trabalho das professoras preocupa-se em conceituar o que seria pobreza, definindo-a, essencialmente, como um critério de renda e como capacidade do indivíduo em adquirir produtos e serviços. Pela utilização de tais critérios, de acordo com o artigo, é possível afirmar que parte da população do território americano se encontra fora do processo comunicativo, suas necessidades não são conhecidas, assim como seus desejos e o modelo de sociedade em que querem viver. Ao limitar a sua capacidade de expressão, a pobreza impõem uma restrição ilegítima ao exercício do direito a liberdade de pensamento e expressão merece pronta preocupação dos juristas e dos Estados, uma vez que ela viola diversos humanos e reproduz a exclusão democrática.

No trabalho apresentado por Ana Angélica Moreira Ribeiro Lima e Luis Carlos dos Santos Lima Sobrinho, intitulado PARADOXOS DO DIREITO E DOS DIREITOS HUMANOS E SUA FUNCIONALIDADE NOS SISTEMAS DE DIREITO INTERNO E INTERNACIONAL, aborda-se o aspecto funcional dos sistemas direito internacional-direito interno.

Amanda Cataldo de Sousa Tílio dos Santos analisa a nomeação dos perpetradores das graves violações de Direitos Humanos pela Comissão da Verdade, como caminho para a responsabilização jurisdicional dos agentes estatais.

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: A PROTEÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS VERSUS A VIOLAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL trata da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas-corpus 126.292, e da possibilidade de submissão à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Alexandre Machel Simões discorre sobre a opção político-constitucional de internalização de tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro e suas consequências. Na mesma seara, Jan aí na Franco de Andrade, que aborda as questões procedimentais.

O caso Jean Charles de Menezes é revisitado por Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso Squeff, abordando as possibilidades de combate ao terrorismo pela via legislativa, inclusive mediante restrição de direitos individuais em prol da coletividade.

Daniel Brocanelli Garabini apresentou trabalho intitulado PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO E SUA APLICAÇÃO AOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS NO ÂMBITO

DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, sob a ótica do princípio democrático e da universalidade dos Direitos Humanos.

Boa leitura!

Cecília Caballero Lois

Margareth Anne Leister

Vladimir Oliveira

O PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: UMA LEITURA CRÍTICA

EL PROCESO DE INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: UNA LECTURA CRÍTICA

Camila Mabel Kuhn ¹

Letícia Albuquerque ²

Resumo

O objetivo deste artigo é analisar o processo de internacionalização dos Direitos Humanos através da Teoria Crítica e questionar se sua concretização existe ou não. O artigo será desenvolvido através de revisão bibliográfica e do método dedutivo, com a proposta principal de refletir sobre o que deve ser alcançado com os Direitos Humanos no campo do direito internacional. Para isso será feita uma exposição da Teoria Crítica, a sua aplicação aos Direitos Humanos, o processo de internacionalização e seu contexto histórico, para finalmente explorarmos a visão da teoria crítica sobre os contextos que envolvem esse processo e seu insucesso.

Palavras-chave: Direitos humanos, Teoria crítica, Direito internacional

Abstract/Resumen/Résumé

El propósito de este trabajo es analizar el proceso de internacionalización de los Derechos Humanos a través de la Teoría Crítica para cuestionar su concretización. El artículo será desarrollado mediante revisión bibliográfica con método deductivo, la propuesta principal de reflexionar sobre lo que se pretende lograr con los Derechos Humanos en el ámbito del Derecho Internacional. Para ello se hará una exposición de la Teoría Crítica, su aplicación a los Derechos Humanos, el proceso de internacionalización y su contexto histórico, y, finalmente, explorar la visión de la teoría crítica sobre los contextos que intervienen en este proceso y su fracaso.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Derechos humanos, Teoría crítica, Derecho internacional

¹ Mestranda pelo PPGD/UFSC. Bolsista CAPES. Membro do Observatório de Justiça Ecológica, grupo de pesquisa cadastrado no CNPQ.

² Professora da Universidade Federal de Santa Catarina. Doutora e Mestre pelo PPGD/UFSC. Coordenadora do Observatório de Justiça Ecológica, grupo de pesquisa cadastrado no CNPQ.

1 Introdução

Os Direitos Humanos tem seu surgimento a partir de movimentos sociais, em sua maioria, durante processos de ruptura, sejam políticas, sejam ideológicas, ou mesmo causados por confrontos armados durante o curso da história, em sua maioria, por violações causadas pelo próprio Estado

Nesse contexto, os Direitos Humanos passam a ser de interesse do Direito Internacional, ultrapassando o paradigma do Direito Internacional voltado apenas para as relações entre os Estados, passando a se interessar pelos indivíduos a nível internacional. O marco principal dessa ruptura se dá após a segunda guerra mundial, com a criação da ONU e elaboração da Declaração Universal de Direitos Humanos.

O processo de internacionalização de Direitos Humanos, que se dá concomitantemente ao processo de universalização, é colocado como um instrumento para a efetivação destes direitos. Ocorre, porém, que esta posição é vista de outra maneira pela Teoria Crítica, teoria que se preocupa com os processos de emancipação dos indivíduos e que se dispõe a fazer outra leitura, buscando uma efetivação concreta dos direitos humanos e uma nova leitura a partir das multiculturalidades e aspectos regionais.

Nesse viés, a proposta do presente trabalho é realizar uma breve exposição sobre a Teoria Crítica e a Teoria Tradicional, para apresentar a visão da Teoria Tradicional sobre Direitos Humanos, introduzir e explicar como se deu o processo de internacionalização dos Direitos Humanos, para por fim tratarmos de como a Teoria Crítica vê esse processo e se, de fato o processo de internacionalização deu efetividade aos direitos humanos tal qual como se propôs.

O objetivo por fim é uma reflexão a partir do que a Teoria Crítica tem a dizer sobre os Direitos Humanos, tendo como hipótese que, uma vez que os Direitos Humanos são oriundos de movimentos sociais e que o maior perpetrador de violações a estes direitos é o próprio Estado, a simples delimitação de quais são esses direitos não os torna de fato efetivos, e, pelo contrário, o processo de internacionalização ao propor uma universalização dos direitos humanos, desconsidera as peculiaridades multiculturais e regionais dos povos que deveriam ser observadas para que suas demandas de direitos fundamentais a título de Direitos Humanos fossem de fato garantidos, é preciso fazer mais.

2 A Teoria Crítica e a Teoria Tradicional

Com a crise da racionalidade introduzida pela modernidade, nas Ciências Humanas como um todo, mas principalmente na Ciência Jurídica, traz consigo uma necessidade de alteração nos paradigmas pré-existentes. Essa crise se deve, de acordo com importante nome da Teoria Crítica brasileira, Antônio Carlos Wolkmer (2015, p. 25), a ruptura com as verdades que anteriormente eram introduzidas pela teologia, pela metafísica e até mesmo a racionalidade, uma vez que estes saberes já não podem mais responder as principais questões da atualidade envolvendo a condição humana:

Os modelos culturais, normativos e instrumentais que fundamentaram o mundo da vida, a organização social e os critérios de cientificidade tornaram-se insatisfatórios e limitados. A crescente descrença em modelos filosóficos e científicos que não oferecem mais diretrizes e normas seguras, abre espaço para se repensarem os padrões alternativos de fundamentação.

A cultura moderna social liberal-burguesa e capitalista, voltada ao individualismo, um poder político centralizado e burocrático, todos estes fatores combinados, além de outros desdobramentos contemporâneos, como o período pós-colonialista, os movimentos feministas, e as questões ambientais, resultaram na crise citada por Wolkmer, o que envolve o direito enquanto fenômeno cultural e social.

Esta crise segundo Wolkmer (2015, p. 26) se faz presente no contexto histórico da sociedade e da cultura contemporânea, gerando efeitos que vão do sujeito a sociedade, alcançando inclusive as instituições políticas

Ocorre que é esta crise, que leva ao movimento, a transição a reestruturação nos leva a suplantar o antigo modelo de racionalidade, propondo um novo modelo de pensamento, com outro fundamento ético-político, para a construção de um novo paradigma, das palavras de Wolkmer (2015, p. 27):

O modelo tradicional de racionalidade tecnoformal é suplementado pelo modelo crítico-interdisciplinar da racionalidade emancipatória. Na práxis histórica libertadora, redefine-se a noção superior de racionalidade, que, como pressuposto do pensamento e da ação, apresenta um projeto transcendente que não mais oprime, mas busca libertar o sujeito subalterno e a sociedade vitimados pela colonialidade.

Essa ruptura, conforme ressalta o autor, no entanto, não nega de forma geral a racionalidade técnico-instrumental que de alguma forma esta ligada ao positivismo moderno, sua proposta é pensar em novos fundamentos, pensar em uma possível reconciliação das normas sistemas elaboradas a partir desta racionalidade técnico-instrumental, com a vida real, com as real possibilidades para um novo paradigma, Teórico Crítico para o Direito num todo (WOLKMER, 2015, p. 27).

Para Nobre (2008, p. 11), cabe a Teoria Crítica, trabalhando dentro dessa perspectiva emancipadora, estudar e apresentar, diante de cada momento histórico, “arranjos concretos” que funcionarão com potencial emancipatório, diante dos obstáculos contemporâneos que surgirem ao processo de emancipação.

A emancipação¹ do sujeito oprimido, do subalterno, conforme mencionam os autores, é um dos pontos centrais de suas argumentações para a proposição de uma Teoria Crítica, que parta da materialização histórico-social e de uma ética-política, para propor novos padrões de racionalidade e questionar os preexistentes.

Nobre (2008, p. 8) trabalha a Teoria Crítica em uma perspectiva de como as coisas devem ser. Para o autor, a teoria crítica trabalha como as coisas como são, mas na forma de “tendências”, nesse sentido ele parte que: “Se fazemos teoria para demonstrar como as coisas devem ser, não conseguimos mostrar como de fato são; se dizemos que as coisas devem ser como de fato são, eliminamos a possibilidade de que possam ser outra coisa que não o que são”.

Assim, para Nobre (2008, p. 10) a Teoria Crítica se funda em como as coisas são a partir da perspectiva de como deveriam ser, definindo crítica como “dizer o que é em vista do que ainda não é, mas pode ser”.

Não se poderia falar em Teoria Crítica quando não for possível confirmar uma prática transformadora em relação as ações sócias que vigem, segundo Nobre (2008, p. 11):

As ações a serem empreendidas para a superação dos obstáculos à emancipação constituem-se em um movimento na própria teoria. Nesse sentido, o curso histórico dos acontecimentos – como resultado das ações empreendidas contra a estrutura de dominação vigente – dá a medida para a confirmação ou refutação dos prognósticos da teoria.

Wolkmer (2015, p. 29) salienta para a ambigüidade ligada a expressão “crítica”, a qual pode ser utilizada de diversas maneiras e em diversos sentidos. Seu uso para sua proposta crítica, enquanto um processo histórico, que propõe rompimentos com o “velho”, até mesmo de modo radical, mas que deve manter o foco em trabalhar no desenvolvimento do “novo”, terá no sentido de “conhecimento que não é dogmático, nem permanente, (mas) que existe num contínuo processo de fazer-se a si próprio”, citando Paulo Freire, na busca de um novo modelo de racionalidade.

¹ Wolkmer se utiliza, para tanto, do conceito de emancipação desenvolvido por Celso Nunes, em seu texto “Educar para a Emancipação”, considerando a emancipação como uma “autonomia crítica, cultural e simbólica, esclarecimento científico, libertação de toda a forma de alienação e erro, de toda submissão, engodo, falácia ou pensamento colonizado, incapaz de esclarecer os processo materiais, culturais e políticos”.

Para a construção deste novo paradigma, e, conforme o que preceituam as teorias formadas neste contexto crítico, deve-se caminhar para além da crítica pura e simples, o que se busca é uma proposta, o rompimento do velho paradigma para que se assuma um novo paradigma. Dentro deste ponto gostaríamos de desenvolver o presente ensaio, no marco teórico crítico, em relação ao processo de internacionalização dos Direitos Humanos.

3 Direitos Humanos

O que se entende por Direitos Humanos e seu processo de internacionalização, na contemporaneidade, acabam por se confundir, em razão dos marcos históricos nos quais se deram em períodos pós-guerra. De modo genérico, os Direitos Humanos são entendidos como aqueles direitos básicos do ser humano, tanto civis como políticos, com forte influência da filosofia kantiana, do ser humano como fim em si mesmo, com um valor intrínseco que permeia toda sua construção, sendo principalmente desenvolvidos a partir do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito a vida.

Para uma possível definição do que seriam os Direitos Humanos, é necessário expor a existência de um debate a cerca de seu fundamento e natureza, se estes direitos seriam naturais e inatos, positivados, históricos, ou se teriam de derivar de um sistema moral. Para Piovesan (2012, p. 175), a partir de Hannah Arent: “[...] a historicidade dos direitos humanos, na medida em que estes não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução”.

É necessário, também, fazer uma distinção entre “Direitos Fundamentais” e “Direitos Humanos”, Sarlet (2005, p. 128) destaca que os direitos fundamentais, enquanto direitos previstos no âmbito interno dos Estados, são desenvolvidos com base na existência de um dever geral de efetivação atribuído ao Estado na condição de deveres de proteção.

Os direitos fundamentais não deixam de ser objeto de estudo dos direitos humanos enquanto um referencial mínimo de proteção, mas são principalmente objetos de proteção de direitos no âmbito interno dos Estados, já os Direitos Humanos enquanto marco epistêmico versam sobre direitos voltados para o indivíduo, lhe concedendo valor intrínseco. De acordo com Melgaré (2000, p. 331):

[...] os direitos humanos referem-se a uma proteção mínima que possa conduzir o ser humano a viver dignamente. Constituem uma esfera essencialmente indisponível, existente em torno do indivíduo, que objetiva o respeito mais profundo à pessoa humana.

Historicamente, o primeiro país a codificar os Direitos Humanos foram os Estados Unidos, através da Declaração de Virgínia, em 1776², tendo sido elaborada em razão da necessidade de se garantir direitos e liberdades aos povos imigrantes da Europa, principalmente relacionados a liberdade de credo, e fundando uma visão liberal. A França, no mesmo período histórico, após a Revolução Francesa sancionou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão³ seguindo o recente racionalismo, a qual teve seu texto influenciado pela declaração norte-americana, mas acabou por surtir maior impacto na comunidade internacional⁴ (ATIQUE e NEME, 2008, p. 97).

Já no século XX houve uma maior preocupação com os Direitos Humanos de forma global, em decorrência de se verificar que as previsões não garantiam uma proteção de fato destes direitos, principalmente em relação às violações perpetradas pelo próprio Estado, cenário em que se inicia o processo de internacionalização destes direitos, antes dispostos apenas em legislações internas dos países.

Mesmo depois destas evoluções, que codificaram de alguma forma os direitos humanos que eram aceitos quase que de modo universal, não foi suficiente para impedir que as lesões aos Direitos Humanos continuassem a ocorrer. Como o grande violador de direitos humanos ao longo da história sempre foi o próprio Estado, seriam necessários desenvolver mecanismos para a contenção do seu poder, e, com isso, seria necessário algo superior aos Estados.

3.1 O processo de internacionalização dos Direitos Humanos

O século XX foi marcado por duas grandes guerras e um longo período de bipolaridade mundial, estes cenários fizeram com que a preocupação com a proteção dos Direitos Humanos se acentuasse, dando início a um processo de internacionalização destes direitos, com o intuito de tornar tal proteção mais efetiva, principalmente quanto aos arbítrios perpetrados pelos Estados.

² Integra do texto disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1776.htm>.

³ Integra do texto disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf.

⁴ Os autores ainda citam a Carta Magna inglesa de 1215, que visava limitar os poderes reais, a qual já seria um modelo de previsão de direitos humanos (ATIQUE e NEME, 2008, p. 97).

Segundo Piovasan (2012, p. 177), para que se desse o processo de internacionalização dos Direitos Humanos, fora necessário uma mudança tanto em relação aos Estados e sua soberania, quanto em relação aos indivíduos que passaram a fazer parte do Direito Internacional, como sujeitos de direito:

Como se verá, para que os direitos humanos se internacionalizassem, foi necessário redefinir o âmbito e o alcance do tradicional conceito de soberania estatal, a fim de permitir o advento dos direitos humanos como questão de legítimo interesse internacional. Foi ainda necessário redefinir o *status* do indivíduo no cenário internacional, para que se tornasse verdadeiro sujeito internacional.

Importante ferramenta para a implementação dos Direitos Humanos a nível internacional foram os tratados, que primeiramente versavam exclusivamente sobre as relações entre os Estados, fosse de modo bilateral ou multilateral, e posteriormente passam a se referir também sobre os indivíduos e a necessidade de proteção de seus direitos fundamentais. Os tratados foram definidos por Piovesan (2012, p. 99 e 101) como as principais fontes de Direito Internacional, se tratam de “acordos internacionais juridicamente obrigatórios e vinculantes (*pacta sunt servanda*)” se aplicando apenas aos estados que consentiram com a adoção do referido acordo, de acordo com a Convenção de Viena, a qual versa sobre tratados, os definindo como “significa um acordo internacional concluído entre Estados, na forma escrita e regulado pelo Direito Internacional”.

Os três primeiros marcos que deram início a esse processo de internacionalização, foram, em ordem: a criação do Direito Humanitário, a criação da Liga das Nações e a criação da Organização Internacional do Trabalho. Estes, marcam o fim do Direito Internacional como aquele responsável exclusivamente para tratar das relações entre os Estados (ATIQUE e NEME, 2008, p. 97).

O Direito Humanitário, segundo Buergenthal foi um componente adicionado na Lei de Guerra versando sobre a proteção a Direitos Humanos, como aquele direito que deveria ser aplicado em caso de guerra no intuito de limitar o poder estatal e preservar os direitos fundamentais, foi o primeiro instrumento internacional que pôs algum limite a liberdade e autonomia do Estado, mesmo que apenas em caso de conflito armado (PIOVESAN, 2012, p. 178).

A Convenção da Liga das Nações, de 1920, foi criada no contexto pós-primeira guerra mundial principalmente pelos Estados vencedores, tendo como finalidade a promoção da cooperação internacional, em relação aos países vencidos se reestruturarem, a manutenção da paz e da segurança internacional. Tal qual o direito

humanitário, versava sobre Direitos Humanos no sentido de relativizar a soberania dos Estados, e uma maior preocupação com os parâmetros internacionais voltados a proteção de minorias e direitos trabalhistas (PIOVESAN, 2012, p. 178 e 179).

Piovesan (2012, p. 179) ressalta que estas previsões foram avanços no sentido de limitar a soberania estatal diante de alguns Direitos Humanos, uma vez que, a Convenção da Liga das Nações trazia consigo a possibilidade de sanções econômicas e militares em caso de violações as obrigações assumidas.

Ainda, no mesmo período histórico, surgiu a Organização Internacional do Trabalho, criada junto da Liga das Nações e herdada pela Organização das Nações Unidas, foi responsável por contribuições no processo de internacionalização dos direitos humanos ao traçar padrões internacionais de condições de trabalho e bem-estar (PIOVESAN, 2012, p. 179).

Destacado por Piovesan (2012, p. 176 e 177): “Nota-se que o Direito Internacional dos Direitos Humanos ergue-se no sentido de resguardar o valor da dignidade humana, concebida como fundamento dos direitos humanos”.

Contudo, a verdadeira virada no que diz respeito ao processo de internacionalização dos Direitos Humanos é recente, e se deu apenas após a segunda guerra mundial, quando os indivíduos se tornaram o foco do Direito Internacional. Essa mudança se deu no seguinte sentido, segundo Buergenthal *apud* Piovesan (2012, p. 183):

O moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno do pós-guerra. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte destas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse.

Esse novo paradigma dos Direitos Humanos teve como principal marco o surgimento da ONU (Organização das Nações Unidas) em 1945, e a adoção da Declaração Universal de Direitos Humanos em 1948, uma resolução da Assembleia Geral da ONU, sem força de lei ou tratado, mas de referencial e marco teórico, tendo como princípio basilar a proteção à dignidade da pessoa humana e ideais universais, rompendo com a lógica da destruição em massa e a desconsideração do indivíduo.

Sobre este importante marco para o Direito Internacional que foi a criação da Organização das Nações Unidas, Piovesan (2012, p. 192) leciona:

[...] demarca o surgimento de uma nova ordem internacional, que instaura um novo modelo de conduta nas relações internacionais, com preocupações que incluem a manutenção da paz e segurança internacional, o desenvolvimento

de relações amistosas entre os Estados, [...] e a *proteção internacional dos direitos humanos*. (grifo nosso).

Neste âmbito é que em 1948 foi aprovado o teor da Declaração Universal de Direitos Humanos, por quarenta e oito Estados-membros com oito abstenções, segundo Piovesan (2012, p. 203 e 211), o fato de não haver nenhum questionamento ou reserva sobre o texto da Declaração, confere a ela um caráter de “código e plataforma comum de ação”, consolidando uma “ética universal”, em suas palavras, uma vez que consagra um consenso de valores a serem implementados de forma universal pelos Estados, com força vinculante: “os Estados membros das Nações Unidas têm, assim, a obrigação de promover o respeito e a observância universal dos direitos proclamados pela Declaração”.

A partir dela, no entanto, surgem dois importantes tratados internacionais versando sobre direitos humanos, estes, com força legal: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966)⁵ e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966)⁶. Além, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969)⁷, a nível regional.

A partir desses tratados e convenções internacionais, os Direitos Humanos passam a ganhar contornos internacionais, deixando de ser apenas um interesse estatal, para se tornar assunto de interesse internacional, com potencial para relativizar as soberanias (SANTA CATARINA, 2011, p. 67, 68):

Forma-se, assim, o sistema normativo global de proteção dos direitos humanos, no âmbito das Nações Unidas, integrado por instrumentos de alcance geral (a Declaração Universal de Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais) e instrumentos de alcance específicos [...]

Antes desses instrumentos internacionais de proteção a Direitos Humanos, outro importante marco em nível internacional, foi a criação do Tribunal de Nuremberg, em 1945, pelos vencedores da segunda guerra mundial, com o fim de responsabilizar os alemães pelas barbáries cometidas durante a guerra, tendo importância enquanto fonte de direito internacional em dois sentidos, conforme destacam Atique e Neme (2008, p. 98): “consolidou a ideia da necessária limitação da soberania nacional e reconheceu que os indivíduos têm direitos resguardados pelo Direito Internacional.”

⁵Integra do texto disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh-direitos-civis.html>.

⁶Integra do texto disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/pacto1.htm>.

⁷Integra do texto disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm.

Como, independente da criação de instrumentos internacionais para a previsão dos Direitos Internacionais dos Direitos Humanos, os arbítrios em relação a estes direitos e a preocupação em relação a eles perduraram, fora necessária a criação de mais mecanismos proteção, a fim de sistematizar as limitações do poder dos Estados, principais perpetradores de violação aos Direitos Humanos.

No âmbito regional, no contexto e vinculado a Organização dos Estados Americanos (OEA) esta o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, formado pela e para a sua fiscalização e aplicação, a Convenção Americana de Direitos Humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos⁸.

Vislumbra-se, diante de todo o citado, um cenário internacional voltado para a proteção aos Direitos Humanos, no entanto, existem outros pontos a serem considerados, conforme ressaltam Gomes e Mazzuoli (2011, p. 163):

A responsabilidade pela aplicação de todo esse “novo” ramo do Direito, no entanto, não é exclusiva dos tribunais internacionais. A bem da verdade, a obrigação primeira de fazer valer os seus termos é de cada Estado, que esta compelido a dar respostas efetivas sempre que não tenha evitado as agressões contra os direitos humanos.

Este ponto é tratado por Gomes e Mazzuoli (2011, p. 156) como o grande desafio do Estado de Direito no século XXI, o contra ponto entre as soberanias dos países e seu histórico legalista, combinado a esta onda de garantias e instrumentos internacionais. O Direito Internacional dos Direitos Humanos terá de dialogar com o direito interno dos Estados, para, em certo ponto, garantir a sua aplicação no caso concreto.

No campo da aplicação, efetivação destes direitos, principalmente no que diz respeito ao seu caráter emancipatório e de desconsiderar a multiculturalidade, é que a Teoria Crítica passa a desenvolver seu estudo, no que tange aos Direitos Humanos e sua perspectiva internacional, conforme veremos no próximo tópico.

3.2 Teoria crítica dos Direitos Humanos

⁸ O continente europeu também conta com um sistema próprio para a proteção de Direitos Humanos, previsto na Convenção Européia dos Direitos Humanos que criou a Comissão Européia dos Direitos do Homem e a Corte Européia dos Direitos do Homem. Mais detalhes no trabalho de Atique e Neme intitulado “O processo de Internacionalização como instrumento de efetivação dos direitos humanos: o sistema europeu e o sistema americano”.

Conforme o que vimos até este ponto, o que se vislumbra em nível de Direitos Humanos em um contexto atual, é um considerável arcabouço internacional de instrumentos com a previsão de direitos essenciais e alguns mecanismos para a sua proteção. Dentre eles destaca-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, no âmbito universal, e, a criação e instrumentalização do Sistema Interamericano de Proteção a Direitos Humanos, no âmbito regional. No entanto, mesmo com essas ferramentas, a complexidade e vastidão do tema, acabam tornando estes institutos insuficientes diante de situações que abrangem o descumprimento e a violação dos Direitos Humanos.

A partir deste paradigma, a Teoria Crítica dos Direitos Humanos surge com um novo olhar para o estudo e previsão deste tema, uma vez que busca não só a análise das previsões internacionais destes direitos, mas a sua efetivação no contexto fático, tal qual como é e ainda, como deveria ser. Assim, a Teoria Crítica nasce como uma alternativa, nas palavras de Santa Catarina (2011, p. 69): “que possibilite a efetividade necessária para garantir à sociedade o acesso aos bens materiais e imateriais a que todos nós devemos ter”.

O que se pretende, com a Teoria Crítica, portanto, não é apenas vislumbrá-la como algo ideológico e abstrato, mas analisar seus pressupostos filosóficos, as condições de sua existência e manutenção na sua concretude da realidade, a fim de quebrar com o paradoxo existente entre a previsão de destas garantias, sua existência e seu cumprimento (DOUZINAS, 2009, p. 21).

Wolkmer (2015, p. 256) ao escrever sobre a Teoria Crítica dos Direitos Humanos a define como “uma concepção crítica, contextualizada e emancipatória de direitos”.

Grande nome da Teoria Crítica dos Direitos Humanos a nível internacional, o espanhol Herrera Flores (2009, p. 24), considera que o que se pretende com os Direitos Humanos vai além das suas previsões de garantias, sem, contudo, se afastar totalmente de seu contexto ideológico, considerado importante pelo autor, devendo funcionar como um meio para se alcançar determinado fim. Herrera Flores recusa a ideia de que os Direitos Humanos seriam inatos a condição humana, mas um constructo do ser humano em eterno desenvolvimento.

A importância da dignidade para os Direitos Humanos não é abandonado pela Teoria Crítica, ao conceber os Direitos Humanos como resultados “sempre

provisórios” das lutas sociais, conceituam dignidade combinado ao conceito de igualdade de acesso, nas palavras de Herarra Flores (2009, p. 37):

Entende-se por dignidade não o simples acesso aos bens, mas que tal acesso seja igualitário e não esteja hierarquizado “*a priori*” por processos de divisão do fazer que coloquem alguns, na hora de ter acesso aos bens, em posições privilegiadas, e outros em situação de opressão e subordinação.

Complementando o raciocínio, Herrera Flores (2009, p. 39) esclarece que os Direitos Humanos são a própria garantia de que os Estados adotarão políticas públicas e normas jurídicas para garantir seu conteúdo.

Outro importante nome da teoria crítica voltada aos Direitos Humanos, o jurista português Douzinas, prenuncia a não efetivação dos Direitos Humanos leva a perda do seu fim, e com isso o seu próprio fim (2009, p. 13):

Os direitos humanos perdem seu fim, argumenta-se, quando deixam de ser o discurso e a prática da resistência contra a dominação e a opressão públicas e privadas para se transformas em instrumentos de política externa das grandes potências do momento, a “ética” de uma missão “civilizatória” contemporânea que espalha o capitalismo e a democracia dos rincões mais escuros do planeta.

Compreende-se assim, que o raciocínio crítico torna-se de extrema importância para o desenvolvimento dos Direitos Humanos a nível internacional. Não se deve tomar por protegidos os Direitos Humanos unicamente por suas previsões internacionais, mas trabalharmos dentro do marco da busca continua por sua efetivação, conforme as demandas sociais e contextos que abarquem sua finalidade, ofertar dignidade aos indivíduos independente de sua origem étnica, geográfica ou política.

Diante deste arcabouço de previsões e garantias de Direitos Humanos a nível internacional, bem como, diante da necessidade de se romper com a satisfação apenas com a previsão e passar para a cobrança de efetivações, o estudo se volta para o cumprimento efetivo de suas garantias

3.3 O processo de internacionalização dos Direitos Humanos aos olhos da teoria crítica

As principais críticas sofridas pelos Direitos Humanos e seu processo de internacionalização, diz respeito a estes instrumentos serem previstos, mas não garantido tal direitos, bem como, não considerarem os aspectos multiculturais e tentarem impor uma perspectiva universal a todos os indivíduos.

Gallardo (2013, p. 17) abre seu livro ressaltando o abismo existente entre “o que se diz e o que se faz no campo de direitos humanos”, para ele, mesmo após a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, os Direitos Humanos continuam a ser propostos ou exigidos pelos povos não como algo que já se tem, mas algo que “se deveria ter”, não como algo dado, como uma garantia, mas algo a ser constantemente reivindicado.

Para Gallardo (2013, p. 93), essa nova ordem internacional introduzida pela Organização das Nações Unidas, na verdade serve como perpetradora da lógica da dominação, e não como ferramenta para a libertação, teoria filosófica alternativa a filosofia antropocêntrica, “o que aparece escamoteado na imagem da nova rodem que está no título da discussão que hoje nos convoca é que essa ordem nova contém práticas de poder, práticas de poder, práticas de poder que podem ser de dominação”.

O autor segue com sua crítica em relação à formação da ONU, a qual em teoria se assemelha a formação de sua Assembléia Geral, formada por Estados iguais e autônomos que podem dialogar no mesmo pé de igualdade, onde cada Estado possui um voto com o mesmo valor, a Assembléia Geral da ONU segundo Gallardo (2013, p. 103) fomentaria o imaginário de que a ONU se operacionalizaria desta forma, o que de fato não ocorre.

Por mais que neste “belo” cenário da Assembléia Geral da ONU se tenha votado o teor da Declaração Universal de Direitos Humanos, será o Conselho de Segurança “classista e geopolítico (e potencialmente delitivo) que irá operacionalizar e tomar as decisões mais importantes no contexto internacional (GALLARDO, 2013, p. 103).

Para a Teoria Crítica, nas palavras de Wolkmer (2015, p. 256), a internacionalização dos Direitos Humanos não se dá como uma vontade nata dos Estados de seu reconhecimento e proteção, mas no sentido de resposta a arbítrios perpetrados, e de busca por questões mais concretas, isto diante de uma perspectiva ocidental da história humana, sem olhar para as questões verdadeiramente concretas da vida humana, conforme escreve o autor:

[...] os direitos do homem têm sido uma resposta aos conflitos de relacionamento, às multiplicidades de necessidades humanas e às lutas de libertação de determinadas formas de sociabilidade. A historicidade dos direitos humanos reflete a aquisição, a evolução, a transformação e a efetivação de questões concretas da vida (cultura, religião, raça, gênero, crença, condição social, etc.)

Neste sentido, o homem referência para a previsão de tais direitos busca um modelo de homem internacional universalizável, um modelo de indivíduo que represente a cultura liberal burguesa e capitalista eurocêntrica e ocidental, desconsiderando qualquer outra peculiaridade, tais quais as lutas por Direitos Humanos que emergiram dos povos indígenas latino-americanos, por exemplo, os quais teriam influência histórica no processo de formação do discurso dos Direitos Humanos mas foram desconsiderados (WOLKMER, 2015, p. 258).

Seguindo sua crítica ao modelo liberal-burguês de Direitos Humanos universalizado através dos instrumentos internacionais, Wolkmer (2015, p. 259) afirma que se tratam de “direitos idealizados para um homem burguês, racional e individualista” de forma oculta em seu discurso teórico, e ainda:

Em verdade, estas famosas e clássicas declarações que projetavam direitos universais e gerais para todos os homens (os homens são livres e iguais) representavam os interesses e os privilégios de segmentos sociais ascendentes economicamente que buscavam instrumentos de proteção ao livre mercado e a garantia de sua propriedade privada.

Em razão de tal premissa muitas perspectivas deixam de ser observadas nas previsões que fundamentam os Direitos Humanos a nível internacional. Dentre outras, o autor cita a dos sujeitos subalternos das colônias na América Latina, dos negros, da inferioridade feminina, etc.

Wolkmer (2015, p. 257) propõe uma ruptura do paradigma tradicional-formalista dos Direitos Humanos, como instrumentos de previsão legal, para uma crítica libertadora dos direitos humanos, não universalizável, mas que considere os aspectos interculturais e multiculturais:

Importa avançar na direção de uma concepção de direitos humanos não mais meramente formalista, estatística e monocultural. Para isso, a adesão é um referencial crítico dos direitos humanos em sua dimensão de resistência, de libertação e de interculturalidade.

Douzinas (2009, p. 19) alerta para os contornos que podem resultar de algumas interpretações superficiais, no que diz respeito a real finalidade dos Direitos Humanos, no intuito de considerarmos todos os demais aspectos que estão ligados a definição destes direitos, que originariamente estavam ligados a interesses de classes específicas, se tratavam de armas ideológicas e políticas que de certo modo foram subvertidas pelas classes dominantes, o que ele denomina “o fim dos Direitos Humanos”:

Mas suas pressuposições ontológicas, os princípios de igualdade e liberdade, e seu corolário político, a pretensão de que o poder político deve estar sujeito às exigências da razão e da lei, agora passaram a fazer parte da principal

ideologia da maioria dos regimes contemporâneos e sua parcialidade foi transcendida.

Ou seja, um instrumento da luta de classes contra os arbítrios do poder estatal, foi tomado como discurso oficial, e, no entanto, sem que com isso as demandas fossem atendidas, pelo contrário, elas se dão por atendidas uma vez que pelo menos em discurso oficial são defendidas.

Conforme defende Wolkmer (2015, p. 267), fundamentado em uma filosofia da libertação, se deve repensar os Direitos Humanos de uma forma crítica, “fundada em lutas e em sociabilidades emergentes, tornando-os permanentes processos de construção social da realidade” de baixo para cima, não ao inverso.

Os Direitos Humanos, assim como hoje são entendidos, são fruto de lutas, de uma construção social e não inatos, e, sendo assim, diversos contextos históricos o influenciaram, bem como, novos e complexos cenários que acabam por ser inseridos ao seu entendimento seguiram lhe influenciando. Sendo assim, vão muito além de acordos multilaterais celebrados entre os Estados e devem buscar uma real emancipação dos oprimidos, quer seja por arbítrios Estatais, quer seja por desigualdades sociais.

5 Conclusão

O processo de internacionalização dos Direitos Humanos de fato trouxe uma série de avanços no que tange ao seu reconhecimento. A questão da limitação da soberania, como uma das mudanças fáticas que se deram com a implementação do processo de internacionalização, pode ser de fato considerado um positivamente enquanto concretude dos Direitos Humanos, uma vez que parece pacífico que o maior perpetrador de violações a Direitos Humanos trata-se do próprio Estado.

A crítica que fica, e a qual poderá vir a ser desenvolvida em outros trabalhos, diz respeito a como essa limitação da soberania se opera, uma vez que o principal órgão internacional hoje com abrangência de quase todos os estados, refere-se a Organização das Nações Unidas. No entanto, seu principal órgão deliberativo, o único capaz de exarar decisões que obrigam os demais estados, é o Conselho de Segurança, o qual possui apenas 15 membros, sendo que dentre estes apenas os Estados Unidos, a França, o Reino Unido, a Rússia (Estado sucessor da União Soviética) e a República Popular da China possuem poder de veto enquanto membros permanentes.

A intenção de universalizar os Direitos Humanos, que em um primeiro momento pode parecer um aspecto positivo, com a leitura fornecida pela Teoria Crítica se mostra excludente e preconceituosa ao não atender todas as demandas peculiares dos povos opromidos que em muito divergem com o modelo liberal burguês e individualista adotado na elaboração dos textos internacionais, desconsiderando aspectos multiculturais e regionais.

Fica com o presente ensaio o anseio para que o campo dos Direitos Humanos siga avançando, de forma efetiva, enquanto um direito que segue em transformação contínua, tal qual seu objeto de proteção.

Referências bibliográficas

ATIQUE, Henry; NEME, Eliana Franco. O Processo de Internacionalização como instrumento de efetivação dos Direitos Humanos: o sistema europeu e o sistema americano. In: **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Vol. 13, n. 1, p. 95 - 106, jan - jun 2008. Disponível em: <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1230>. Acesso em: 10 de abril de 2016.

DOUZINAS, Costas. **O Fim dos Direitos Humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

GALLARDO, Helio. *Teoria Crítica: matriz e possibilidade de direitos humanos*. São Paulo: UNESP, 2013.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Crimes da Ditadura e o “Caso Araguaia”: aplicação do direito internacional dos direitos humanos pelos juízes e tribunais brasileiros. In: **Revista Anistia: política e justiça de transição**. Brasília: Ministério da Justiça, 2011, n. 4, p. 156 – 180, jul./ dez. 10.

HERRERA FLORES, Joaquim. **A (re)Invenção dos Direitos Humanos**. Florianópolis: Fundação Boitex, 2009.

MELGARÉ, Plínio. Direitos Humanos: uma perspectiva contemporânea – para além dos reducionismos tradicionais. In: **Revista da AJURIS**, Porto Alegre: AJURIS, v.29, n.88 t.1, Dez/2000, p.331 – 360.

NOBRE, Marcos. **A Teoria Crítica**. 2 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTA CATARINA, Daniela Corrêa. Teoria Crítica dos Direitos Humanos: uma análise comparativa com a teoria tradicional. In: MANENTE, Rubens Rockenbach; DIAS, Jefferson Aparecido; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano (Orgs). In: **Teoria Crítica dos Direitos Humanos: das lutas aos direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 65-95.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre: AJURIS, v.32, n.98, p. 105-150, jun. 2005.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. 9 ed. São Paulo: Saraiva: 2015.