

Os direitos fundamentais e a possibilidade de uma comunidade internacional de valores

André Nunes Chaib¹

Resumo

O objetivo deste trabalho é mostrar uma tentativa de construção de uma comunidade de valores no nível internacional, a partir da experiência do desenvolvimento dos direitos humanos. São vários os instrumentos jurídicos que versam sobre o assunto e, de alguma forma, todos permearão este trabalho. A ideia de valores universais alcança a criação destes instrumentos, no entanto, é preciso saber até que ponto esta tentativa de universalização é efetiva. Neste caso, são observados dois fenômenos que permitem a tentativa de criação de uma comunidade de valores, tais como a harmonização normativa e a hibridação.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Direitos fundamentais. Comunidade de valores. Internacionalização do direito.

1 Introdução

Este trabalho versará sobre a internacionalização dos direitos humanos (ditos de outra maneira, direitos fundamentais). No entanto, o problema da internacionalização de tais direitos coloca em questão o problema de seu fundamento. Não é objetivo deste estudo esgotar o assunto ou mesmo apresentar respostas definitivas. Entretanto, acredita-se que o tema colocado é de grande importância, pois implica a compreensão dos fenômenos de internacionalização do direito e a verificação dos direitos humanos como meio para sua realização.

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Graduando em Filosofia pela Universidade de Brasília – UnB. Mestrando em Direito das Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília. Pesquisador do UniCEUB.

A importância da internacionalização do direito reside no fato de que é por meio desse processo que se tentará, em um nível internacional, a manutenção de uma paz durável e estável entre as nações.

Este trabalho está dividido em três partes, mais a conclusão. No primeiro item, o tema tratado será a possibilidade de criação de uma comunidade de valores internacional. Isso quer dizer, criar por meio de instrumentos jurídicos uma comunidade em que certos direitos e valores sejam protegidos por todos. Isso exige o reconhecimento de todos os valores proclamados como universais por parte dos integrantes desta comunidade. O problema que se vê é que a universalização jurídica não tem se mostrado suficiente para a construção desta comunidade de valores. Já se observam algumas tentativas de construção de uma comunidade desse tipo, principalmente no plano regional, mas não ainda no plano global. É nesse ponto que resta a importância dos direitos humanos. Talvez possam ser eles o caminho a percorrer rumo à construção de uma comunidade global de valores.

O segundo item trata das possíveis ideologias que serviram de base para a construção das recentes declarações de direitos humanos. Nesse caso, o jusnaturalismo e o juspositivismo serão apresentados. O desenvolvimento histórico de cada um, seu conteúdo e sua ideologia influenciaram bastante a criação dos instrumentos jurídicos que pregam a defesa dos direitos humanos. É possível ver, por exemplo, que a Doutrina dos Direitos Naturais, bem como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, serviram, ao menos em parte, como base para a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

O terceiro e último item versa sobre dois processos pelos quais pode-se observar a internacionalização dos direitos fundamentais: a harmonização normativa e a hibridação. Ambos ocorrem atualmente como processos de mundialização do direito e seus efeitos são cada vez mais observáveis e constantes.

A tentativa de expor a questão da internacionalização dos direitos fundamentais é demasiado importante, considerando os fenômenos da globalização e mundialização. Diante dessa transformação por que passa a humanidade atualmente, o direito não ficaria inerte. Por isso, vê-se a internacionalização dos direitos fundamentais como fenômeno típico dos processos pelos quais passa o mundo atualmente.

2 Uma comunidade de valores no plano internacional

A discussão sobre a possibilidade de uma comunidade de valores em nível internacional releva a questão de uma possível comunidade jurídica internacional. Um universalismo não é suficiente para constituir uma comunidade de valores. É preciso, antes, buscar a construção de um conjunto axiológico aceito e tido como possíveis universais, por um determinado grupo de Estados, para que se possa passar à discussão em um nível em que a garantia jurídica indique também segurança jurídica. Isso quer dizer, um efetivo respeito e proteção aos valores proclamados.

Alguns obstáculos se colocam a essa construção, que é um primeiro passo para uma efetiva internacionalização do direito. Outras questões também são levantadas e a importância de conceitos e de estruturas do Direito Internacional público precisam ser colocadas, tais como o modo de produção de normas.

A universalização jurídica não gera uma base sólida para a construção de uma comunidade de valores. Pode-se observar que a tentativa de se criar uma comunidade baseada sobre conceitos e valores universais não foi até então alcançada. Mesmo que se tenham alguns instrumentos jurídicos que pretendam assim fazer, pode-se observar que não são suficientes; carecem de eficácia, justamente porque o acordo moral prévio é inócuo.

Entretanto, duas questões restam ainda a ser respondidas: Como construir uma comunidade de direitos a serem protegidos sem a existência de valores comuns? A criação de uma comunidade de valores em um quadro internacional é possível? Essas são duas perguntas para as quais os intelectuais contemporâneos ainda não conseguiram dar uma resposta definitiva.

Tratando-se somente da última questão, outras perguntas são ainda suscitadas: qual é a diferença entre ética, moral e valor? Essa distinção é fundamental pois, a partir dela, poderá se definir o que se chama de comunidade de valores e tentar falar de um universalismo ético.

É preciso que, na inexistência de “valores universais” *a priori*, admita-se a possibilidade de, por meio do diálogo e do consenso, a construção desses “valores universais”. O grande problema é que nas relações de diálogo no plano internacional, é preciso levar em consideração as desigualdades de poder entre as potências, e que essa desigualdade pode direcionar o consenso e não verdadeiramente

permiti-lo. Porém, os direitos humanos participam de forma determinante nesse jogo como uma tentativa de linguagem ou idioma que estrutura nossa cultura e nosso discurso político².

3 Direitos humanos e direitos fundamentais: possíveis fundamentos e sua construção

A problemática dos Direitos do Homem surge no direito, tanto no plano nacional quanto no plano internacional. O fato de, no plano nacional, tais direitos estarem consagrados nas democracias constitucionais, no texto da Constituição e no plano internacional, nos tempos modernos, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, não significa que tratam de temas diferentes. Essencialmente a matéria de ambos os textos é a mesma, observando-se, claro, algumas diferenças que variam de uma Constituição para outra.

Neste primeiro momento, o que se pretende fazer é mostrar duas linhas de fundamentação teórica dos Direitos do Homem – as quais não são as únicas e não esgotam suas possibilidades – que se entende serem bastante essenciais para a elaboração deste trabalho. Essas duas linhas são a teoria dos Direitos Naturais e o Positivismo Jurídico. Afinal, a fundamentação dos direitos fundamentais é constituir realmente um problema que não pode ser deixado de lado³. Algumas razões se colocam para justificar tal necessidade de fundamentação: primeiro, é o absurdo de se defender um valor sem saber “por quê”; segundo, este “porquê” delimita o conteúdo concreto desses direitos humanos; a terceira é a falta de bom senso dos teóricos do direito de apresentarem teorias sobre determinados direitos sem fundamentá-los; e, por fim, a quarta, é que, para proceder a uma boa realização prática dos direitos humanos, é preciso ter as ideias sobre tais direitos, claras⁴.

² COTLER, Irwin. Les droits de l’homme, culture universelle. Intervenir? Droits de la personne et raisons d’État. In : FORUM INTERNATIONAL SUR L’INTERVENTION. 1993, Paris. *Anais eletronicos...* Paris, 2003.

³ ROBLES, Gregorio. *Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual*. Barueri: Manole, 2005. p. 1.

⁴ ROBLES, Gregorio. *Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual*. Barueri: Manole, 2005. p. 1.

Neste mesmo capítulo, após expor essas vertentes de fundação dos Direitos Humanos, propõe-se um exercício de reflexão para saber até que ponto pode-se superar um possível relativismo de valores e como isso pode afetar a construção de uma comunidade de valores no plano internacional. Esta discussão é aqui colocada, pois a busca por um fundamento absoluto, às vezes, é tida como uma ilusão⁵ e se assim é colocado e constatado, o problema do relativismo jurídico e axiológico é prontamente observável. Como superar ou como trabalhar esse relativismo é a questão que se coloca.

3.1 O fundamento Jusnaturalista

A partir de agora, passar-se-á a analisar como a Teoria dos Direitos Naturais pode ter influenciado o desenvolvimento dos instrumentos jurídicos atuais que versam sobre Direitos Humanos. Tratar-se-á de três linhas específicas do Direito Natural: a clássica, a medieval, de origem eminentemente religiosa, e a moderna, derivada do pensamento iluminista dos séculos XVIII e XIX.

Na Antiguidade, a história do direito confunde-se em parte com a história do direito natural. Entretanto, a distinção entre estas duas vertentes já se via de alguma forma apresentada quando, em Heráclito, distinguia-se já a justiça das normas humanas (*dikaion nomoi*) e a justiça natural (*dikaion physei*), sendo tais algo como o direito positivo e o direito natural, mesmo que ainda fossem, à época, encarados como um só⁶.

Foi, no entanto, Aristóteles quem fundamentou primeiramente a moralidade no conceito de natureza⁷. Reconheceu o Estagirita, a possibilidade de um conflito, no plano dos fatos, entre a justiça natural e o justiça legal, encontrando a possibilidade de ocorrência do que chamou de “injusto legal”⁸.

Nos 500 anos que se seguiram a Aristóteles, o estoicismo torna-se a corrente filosófica dominante quando se trata de direitos naturais. É essa filosofia

⁵ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 3. reimp. Rio de Janeiro: Campus; Elsevier, 2004. p. 36.

⁶ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 33.

⁷ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 33.

⁸ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 33.

que fará a ponte do direito natural na Antiguidade para o direito natural medieval. Para estes, a lei única e divina, designada pelo termo grego *nomos*, existe por natureza, para todos os homens, contrastando com a norma humana (*thésis*)⁹. Percebe-se já também a influência que teve essa doutrina no desenvolvimento da ideia de direito na Roma antiga, quando nesta se fazia a distinção entre o *jus gentium* e o *jus civile*. O primeiro não possuía limites e era posto pela *naturalis ratio*, enquanto que o segundo limitava-se a um determinado povo e posto por este mesmo povo¹⁰. Vê-se logo que a distinção entre um direito natural, imutável no tempo e no espaço, e um direito positivo, que se transforma de acordo com estes mesmos elementos (tempo e espaço) já existia a essa época¹¹.

Na Idade Média, a noção de direito natural se colocava como um direito de origem divina. A Revelação, realizada através do Velho e do Novo Testamento, seria a forma de se tomar conhecimento dos direitos ditos naturais. Esta doutrina é essencialmente cristã, mais precisamente marcada pelo catolicismo, religião dominante à época. No entanto, é preciso fazer uma pequena marca e distinguir duas vertentes nessa época. Aquela defendida por Santo Agostinho - o voluntarismo -, e a de São Tomás de Aquino - o intelectualismo. A primeira absorve parte da doutrina dos estóicos e de Platão, já a segunda apropria-se de Aristóteles.

Santo Agostinho faz a distinção entre três direitos: o divino, o natural e o positivo. Ao tratar de direito divino, Santo Agostinho apropria-se da idéia estoíca de *lex aeterna*, porém não a confunde com a *lex naturalis*, como o faziam os estóicos. Dessa forma, Santo Agostinho distingue o direito divino do direito natural, dizendo que este é um retrato daquele na consciência humana¹². É uma marca da eterna lei divina na consciência do homem. A lei divina corresponde à vontade de Deus ou mesmo à razão de Deus. Assim, também afirma Santo Agostinho que, caso a norma posta pelo homem no mundo, o direito positivo,

⁹ KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 71-72.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995. p. 18.

¹¹ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995. p. 18.

¹² KAUFMANN; HASSEMER, op. cit., p. 75-76.

esteja em desacordo com o que dizem as leis divinas e naturais, estará ela desprovida de toda e qualquer validade.

Mesmo Abelardo já reconhecia a distinção entre o direito natural e o direito positivo, ao afirmar que direito positivo era aquele que era posto pelo homem e o direito natural que não era posto por esse, mas por algo (ou mesmo alguém), que está além desses, tal como a natureza ou mesmo Deus¹³.

Para São Tomás de Aquino, diferentemente de Santo Agostinho, a *lex naturalis* não é uma lei subjetiva da alma, mas sim uma grandeza objetiva¹⁴. Para ele, o valor e a realidade são inseparáveis. Sendo a *lex naturalis* a coparticipação intelectual dos seres neste mundo que são dotados de razão, é esta parte da *lex aeterna* e, por outro, produto natural do discernimento da razão humana¹⁵. E quanto à possibilidade de uma lei humana ser contrária à lei natural, São Tomás se refere a Santo Agostinho e diz que uma lei injusta não é sequer uma lei, e por isso, não possui alguma validade¹⁶.

Posterior à ideia de direito natural como parte de um direito divino ou como ele próprio, chega-se ao período moderno e ao desenvolvimento de uma nova filosofia, fundada sobre a razão e tendo esta como instrumento para realização das ações humanas.

Hugo Grotius é ainda hoje reconhecido como o fundador da doutrina dos direitos naturais, na Era Moderna – bem como também o pai do Direito Internacional. Apesar de anterior ao Iluminismo, Grotius já anuncia a transformação do pensamento que ocorrerá nos tempos que o seguirão. A herança humanista da Renascença já se manifesta em sua obra *De Juri Belli ac Paccis* (Direito da Guerra e da Paz).

É no período das Luzes (ou Iluminismo), entretanto, que uma nova ideia de Direito Natural vai surgir. “O Iluminismo é a saída do homem da sua menoridade de que ele próprio é culpado. A menoridade é a incapacidade de se servir do en-

¹³ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995 p. 19.

¹⁴ KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 77.

¹⁵ KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 77.

¹⁶ KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 77.

tendimento sem a orientação de outrem”¹⁷. Esse princípio ditado por Kant, apesar de parte do idealismo alemão, serve para expor um dos ideais mais fortes de época das Luzes. O reforço da razão.

É a partir dessa razão que se pode apreender os direitos da natureza. Estes já estão postos e colocados na natureza, cabe ao homem, por intermédio da razão, reconhecê-los e lhe dar força no mundo dos fatos.

Dizia-se necessária a realização da dedução lógica e perguntar pela natureza do homem, para daí retirar os ditos direitos e deveres naturais, para proceder na determinação do “direito justo”¹⁸. O direito natural era absoluto, universal e supra-histórico, valendo assim para todos os homens, em todos os tempos e se colocando sempre acima do direito positivo posto pelos homens¹⁹. As teorias contratualistas foram, nessa época, de grande importância, pois influenciaram de forma significativa o desenvolvimento dessa doutrina. É preciso, no entanto observar que, praticamente, todos os grandes doutrinadores do direito natural na era moderna possuíam formação escolástica, ou seja, eram cristãos. Desde Hugo Grotius a Christian Wolff, todos possuíam mais ou menos a mesma formação religiosa, o que diferenciou estes dos fundadores da doutrina do direito natural medieval, é que eles decidiram por fundamentar tal direito não com base em sua fé, mas em uma outra coisa²⁰.

O jusnaturalismo moderno tem seu fim com a chegada do Romantismo e do Criticismo. Também o positivismo científico de Auguste Comte, que mais tarde influenciaria o desenvolvimento do positivismo jurídico, também se prestou a enfraquecer as ideias e os ideais do jusnaturalismo. Seguem-se ao direito natural várias correntes, tais como a escola histórica, teleológica e o positivismo jurídico, entre outras.

A doutrina do direito natural é bastante importante, pois mesmo em uma época – período pós-guerra – em que as ideias do direito natural racionalista já

¹⁷ KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: que é o Iluminismo? In: KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 2004. p. 11

¹⁸ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 37.

¹⁹ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 37.

²⁰ KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 93.

tinha sido colocadas de lado, ele ressurgiu como fonte de inspiração para a elaboração dos instrumentos jurídicos que proclamavam os direitos humanos antes de qualquer outro.

3. 2 O positivismo jurídico

Positivismo jurídico e positivismo científico não são a mesma coisa. Porém, apesar de bastante diferentes, conservam em si algumas semelhanças. A ideia de uma ciência pura do direito e o isolamento desta ciência jurídica das outras ciências sociais constituíram uma tentativa central para Hans Kelsen, um dos maiores expoentes do positivismo jurídico do século XX.

O positivismo jurídico tem sua origem já na Escola Histórica, criada por Friedrich Carl Von Savigny. Também o movimento historicista na Filosofia influenciou o desenvolvimento da doutrina do direito positivo. No mundo dos fatos, a codificação em países como França, Suíça e Alemanha, também fez aparecer ideias que seguiam caminhos diferentes daquele do direito natural. Também o empirismo serviu de fonte para a doutrina do direito positivo²¹.

O positivismo, admitindo a impossibilidade de não ser possível a constatação do justo por um indivíduo ou por todos, aceitava que era preciso que tal noção fosse determinada por alguém, a fim de conformá-la com o direito e, por conseguinte, pôr fim aos conflitos. Essa ideia faz parte da ideologia positivista e logo se mostrou muito perigosa.

Durante a II Guerra Mundial, a Alemanha nazista serviu-se dessa ideologia para fundar seu Estado – não se faz referência, mas se reconhece também a influência das ideias do jurista alemão Carl Schmitt, o qual foi, talvez, o grande pensador jurídico do então regime nacional-socialista – e com isso pode justificar grande parte de suas atrocidades.

Mas não foi somente isso que evidenciou a fraqueza do positivismo jurídico. Uma de suas ideias mais fortes era de que somente era válido o que se encon-

²¹ KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 117.

trava na lei. Era o positivismo legalista. Entretanto, com a elaboração dos códigos civis no final do século XIX, evidenciou-se que o direito não seria capaz de resolver os conflitos, restringindo-se tão somente ao que diz a lei. O dogma de que o juiz não poderia criar o direito, mas somente dizê-lo, não foi aceito²².

Entretanto, para uma linha do positivismo jurídico mais recente, inaugurada no final da década de 50, início da década de 60, também chamado Neopositivismo²³ o direito seria um sistema fechado, donde se extrairiam os princípios necessários para se fazer completar o sentido da lei. Seria necessária a elaboração dos raciocínios “lógicos” para que se pudesse realizar o direito em sua completude.

Esta linha é muito importante, pois parte de seus estudos sobre a metodologia de trabalho jurídico, tais como o problema dos raciocínios lógicos, subsunção, entre outros, contribuíram e ainda contribuem para uma boa realização e exercício do direito, pois tais trabalhos metodológicos sempre buscaram ser o mais próximo possível do científico.

3.3 A construção dos direitos fundamentais

O desenvolvimento dos Direitos Fundamentais pode ser observado em dois planos: nacional e internacional. Na esfera nacional, os Direitos Fundamentais são, nas democracias constitucionais, aqueles expostos e colocados na Constituição. No plano internacional, os Direitos Fundamentais, ou também chamados Direitos do Homem, são explicitados em diversos tratados e convenções, sendo a mais conhecida, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948.

No que concerne ao direito interno, os Direitos Fundamentais foram se construindo pouco a pouco, seguindo, a princípio, fundamentos jusnaturalistas preceituados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada em 1789, no auge da Revolução Francesa. Começara por reproduzir os ditos direitos individuais. Consistiam na exigência de respeito, pelo Estado, de certos direitos inerentes ao homem, tais como o direito à vida, à propriedade

²² KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 121.

²³ KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 127.

privada, entre outros. Mais tarde, desenvolvera-se a ideia de direitos sociais, fortalecidos e expressos já nas Constituições do México, de 1917 e de Weimar (Alemanha, quando da instituição da chamada “República de Weimar”), de 1919. Recentemente, também uma terceira geração ou categoria de Direitos Fundamentais foi reconhecida, a dos direitos coletivos, tal como o direito dos trabalhadores, etc. Por fim, o momento atual é o de verificação de uma possível quarta geração de direitos, os quais estariam relacionados ao desenvolvimento tecnológico e à bioética.

No plano internacional, a história dos Direitos Fundamentais é, talvez, um pouco mais recente. Após o Holocausto e os Tribunais de Nuremberg e Tóquio, o medo da comunidade internacional levou-a, por meio da, à época, recém-criada Organização das Nações Unidas (ONU), a realização de uma convenção, assinada por todos os membros da então Assembleia Geral, em que se declaravam universais certos direitos e valores. Era o surgimento da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Também inspirada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, tornava universal, na esfera internacional, um conjunto de valores inspirado na velha doutrina do Direito Natural. A fundamentação obviamente não foi essa, mas, percebe-se claramente que, diante dos eventos ocorridos, havia a necessidade de reconhecimento de certos direitos e sua proteção, a fim de evitar que os acontecimentos que haviam passado se repetissem. Seguindo-se a Declaração Universal, diversos outros instrumentos no plano regional foram constituídos, como, por exemplo, na Europa e na América Latina.

Percebe-se, no entanto, que é somente após a Declaração Universal que alguns ordenamentos jurídicos passaram a internalizar o que se chama Direitos Humanos. Este processo constitui aquilo que se chama de internacionalização do direito. Os modos pelos quais essa internacionalização se dá serão analisados mais a frente. Entretanto, já se pode observar que aqui já se transformam os Direitos Humanos em Direitos Fundamentais. Na verdade, é somente quando determinados direitos humanos se positivam, adquirindo verdadeira proteção jurídica, é que eles se tornam Direitos Fundamentais²⁴. Essa positivação tem este elemento transcendente, que transforma o caráter daqueles direitos humanos,

²⁴ ROBLES, Gregorio. *Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual*. Barueri: Manole, 2005. p. 7.

antes não positivados, uma vez que permite a transformação de certos critérios morais em autênticos direitos subjetivos dotados de maior proteção que direitos subjetivos tidos como não fundamentais²⁵.

A construção dos direitos fundamentais no direito interno dá-se, no entanto, de duas formas: estreita e exata ou larga e ampla²⁶. Considerando o primeiro tipo de construção, a estreita e exata, as normas de Direito Fundamental não se diferenciam das outras normas do ordenamento jurídico, em essência. Possuem, naturalmente, por serem normas constitucionais, um grau mais alto no sistema jurídico e seus objetos são direitos abstratos de grande significado. No entanto, não diferem das outras normas jurídicas, pois como tais são aplicáveis como as outras integrantes do ordenamento jurídico. Seu ponto fundamental é o que a distinguem das outras normas jurídicas é que protege posições do cidadão contra o Estado, colocadas de forma abstrata²⁷.

O segundo tipo de construção é a larga e ampla. Esta construção não se esgota no simples proteger de determinadas posições do cidadão frente ao Estado, mas vai além disso. A função dos Direitos Fundamentais é inserida em um contexto mais vasto. Na construção estreita e exata, segue-se a formulação de regras, já na construção larga e ampla, a definição de princípios abstratos e a ponderação são mais importantes²⁸. No caso estreito, normas infraconstitucionais podem limitar sua aplicação, ou pelo menos restringi-la. No segundo caso, a construção ampla, mesmo que haja normas em um degrau mais baixo no ordenamento jurídico que restrinjam a aplicação da norma constitucional, pode ela ainda ser aplicada em sentido contrário à regulamentação.

A construção dos Direitos Fundamentais é demasiado importante para se observar até que ponto sua eficácia no mundo real acontece. A ideia de que os Direitos Humanos no plano internacional não são tão respeitados, pois carecem de um mecanismo efetivo de proteção, pode ser constatada se compararmos sua posição com relação aos Direitos Fundamentais no plano nacional. A ideia é, justamente,

²⁵ ROBLES, Gregorio. *Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual*. Barueri: Manole, 2005. p. 7.

²⁶ ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, ponderação e racionalidade. *Revista de Direito Privado*, [S.l], n. 24, p. 334, out./dez. 2005.

²⁷ ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, ponderação e racionalidade. *Revista de Direito Privado*, [S.l], n. 24, p. 334, out./dez. 2005.

²⁸ ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, ponderação e racionalidade. *Revista de Direito Privado*, [S.l], n. 24, p. 334, out./dez. 2005.

como construir uma comunidade de valores em nível internacional e construir mecanismos que façam e obriguem o respeito dos Direitos Humanos, pelos Estados, no plano internacional.

4 Harmonização e hibridação

Dois são os processos pelos quais se pode observar a internacionalização dos Direitos Humanos: o processo de harmonização das normas jurídicas nacionais; e o processo de hibridação.

O primeiro movimento é aquele pelo qual, imbuídos por uma norma de origem internacional, os Estados veem-se na obrigação moral ou jurídica de reformar seu ordenamento jurídico, de modo que todos criem normas semelhantes ou quase idênticas. Isso serviria para reforçar a proteção de certos valores dentro mesmo dos ordenamentos jurídicos internos. Uma vez que certo número de Estados possuísse normas semelhantes, pressupõe-se que todos eles poderão realizar a proteção de determinados direitos dentro mesmo de seu território. Além disso, essa harmonização facilitaria a cooperação jurídica entre estes tais Estados. Afinal, a ideia da harmonização é justamente a de colocar princípios comuns entre os Estados, para facilitar a compatibilidade de um ordenamento jurídico com outro²⁹.

O segundo movimento, o da hibridação, pressupõe, na verdade, a criação de um corpo normativo supraestatal, o qual serviria para nortear todos os Estados. Seria como uma fusão dos direitos nacionais em um direito unificado³⁰. Esse é, talvez, o processo mais ambicioso, o da tentativa de hibridação, e hoje é ilustrado pelo Processo Penal misto (nem acusatório, nem inquisitorial) aplicado pelos tribunais penais internacionais³¹. Existe uma séria confusão entre normas negociadas de forma multilateral e a hibridação. Nas normas negociadas, não há a necessidade de reciprocidade entre os Estados, já na hibridação a reciprocidade é característica fundamental³².

²⁹ DELMAS-MARTY, Mireille. *Le relatif et l'universel: les forces imaginantes du droit*. Paris: Éditions du Seuil, 2004. p. 20.

³⁰ DELMAS-MARTY, Mireille. *Le relatif et l'universel: les forces imaginantes du droit*. Paris: Éditions du Seuil, 2004. p. 20.

³¹ DELMAS-MARTY, Mireille. *Le relatif et l'universel: les forces imaginantes du droit*. Paris: Éditions du Seuil, 2004. p. 20.

³² Idem. *Le pluralisme ordonné: les forces imaginantes du droit*. Paris: Éditions du Seuil, 2006. p. 108.

Esses dois movimentos acontecem no mundo contemporâneo concomitantemente. É, sem dúvida alguma, mais fácil observar o processo de harmonização que, às vezes, ocorre de forma inconsciente por parte dos Estados, do que o de hibridação. Entretanto, mesmo ele começa a ganhar força nos dias de hoje, pois se percebe que, para certos valores, é necessário mais do que a proteção nacional, é preciso uma defesa em nível mundial. Esse processo de mundialização do direito é extremamente importante para se entender a situação dos Direitos Fundamentais nos tempos atuais.

Os Direitos Humanos servem, junto com o Direito Penal Internacional, de laboratórios de grande importância para se observar, compreender e fortalecer esse processo de internacionalização do Direito. Podem-se observar ambos os movimentos ocorrendo com relação aos Direitos Fundamentais.

Considerando a proliferação das democracias constitucionais em praticamente todo o mundo – ou pelo menos no mundo ocidental e parte do mundo oriental – pode-se observar como se possui, de alguma forma uma harmonização no que diz respeito ao tratamento pelas Constituições dos Direitos Fundamentais. Nesse caso, talvez seja possível dizer que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, bem como a Convenção Europeia dos Direitos do Homem ou mesmo a Convenção Americana de Direitos do Homem, têm exercido uma forte influência como princípios comuns aceitos pelos Estados signatários a fim de manter a proteção aos valores nestes instrumentos proclamados em seus ordenamentos jurídicos nacionais.

Quanto à hibridação, o movimento se percebe com a criação dos tribunais penais internacionais e cortes de Direitos Humanos. Ao se criar tais cortes com competência para julgar indivíduos e Estados e, no caso dos Tribunais Penais, ao se especificar os crimes de genocídio e os crimes contra a humanidade – este que enriqueceu a lista de crimes internacionais, surgindo como uma novidade com os novos Tribunais Penais³³ como que de sua competência, realizam de forma indireta, a defesa dos valores proclamados naquela Declaração Universal. Mesmo que não possuam competência supraestatal propriamente dita, servindo como ju-

³³ DELMAS-MARTY, Mireille; CASSESE, Antonio. *Crimes internationaux et juridictions internationales*. Paris: PUF, 2002. p. 61.

risdição complementar – toma-se como exemplo o Tribunal Internacional para ex-Iugoslávia, Tribunal Penal Internacional para Ruanda, ambos criados pelo Conselho de Segurança da ONU, e o Tribunal Penal Internacional – essas instituições podem servir como um primeiro passo nesse caminho rumo a um processo mais profundo de hibridação, em que instituições verdadeiramente supraestatais servirão à proteção dos Direitos Humanos.

Além disso, também as Cortes de Direitos Humanos, como a Corte Europeia, em Strasbourg, ou a Corte Interamericana, começam a mostrar que os Estados, que não tomem providências quanto à proteção dos Direitos Fundamentais em seus territórios, serão penalizados. Isso mostra como esse processo torna-se cada vez mais comum e forte no mundo atual.

Não se pode dizer qual dos dois movimentos é o mais apropriado e serviria melhor ao propósito de manutenção de uma paz durável, pois ainda é muito cedo para se obterem resultados práticos suficientemente confiáveis. Mesmo assim, o estímulo a suas realizações é muito importante no tempo atual.

5 Conclusão

A humanidade passa por um tempo de constantes conflitos. Desde o Oriente Médio (com os conflitos na Palestina) até a África (com o genocídio em Darfour), percebe-se uma série de ações e atividades verdadeiramente tenebrosas. A pergunta que se coloca é a seguinte: até quando seguirão estes atos e conflitos e o que seria capaz de coibi-los, senão, pará-los efetivamente?

A resposta é, sem dúvida, ainda um mistério. Porém, é trabalho dos juristas tentarem encontrá-la, senão, ao menos fazer o possível para frear a força e fazer prevalecer o direito. É preciso que o direito seja capaz de conter a força, principalmente quando ela é utilizada para ferir ou causar danos à humanidade.

Os Direitos Humanos e sua efetiva internacionalização podem servir como um primeiro caminho rumo a uma paz durável entre as nações. Podem até mesmo contribuir para a paz interna de certos países.

Mesmo que se entenda que os Direitos Humanos apresentem contradições entre si³⁴, é preciso exercitar-se no sentido de fazê-los valer e evitar ao máximo os possíveis conflitos entre si que eles possam ter. E mesmo quando isso acontecer, é necessário fazer um esforço hermenêutico, de modo a fazer valer aquele que no momento possui maior relevância ou importância.

Não é por acaso que o respeito aos Direitos Humanos é hoje um princípio do Direito Internacional público³⁵. Ele tem correspondência direta com outros dois princípios: o da soberania e o da não-intervenção. Isso é motivo de polêmicas, pois alguns Estados acreditam que o respeito aos Direitos Humanos deve prevalecer sobre estes dois outros princípios, e que, por isso, podem intervir em países que estejam em conflito interno, sob o pretexto de manutenção da paz ou democracia. É a idéia da intervenção humanitária.

De qualquer forma, quanto ao problema dos fundamentos dos direitos do homem, antes se podia dizer que não havia um consenso claro sobre a universalidade ou dos valores proclamados nas cartas de Direitos Humanos. Entretanto, nos tempos atuais, percebe-se cada vez mais a aceitação de tais valores e o esforço para que sejam protegidos e aqueles que os violam sejam prontamente repreendidos.

Este processo de internacionalização dos Direitos Fundamentais, seja pela harmonização dos ordenamentos jurídicos nacionais, seja pela tentativa de hibridação é cada vez mais observável e chama a todo o tempo a atenção dos juristas. É preciso, logo, entender a situação global atual e se esforçar para construir o quanto antes uma verdadeira comunidade de valores, para que, a partir daí, se possa construir uma comunidade jurídica a fim de os proteger.

Fundamental rights and the possibility of an international community of shared values

Abstract

The objective of this paper is to show the attempt of constructing an international community of values, from the experience of the development of

³⁴ VILLEY, Michel. *Le droit et les droits de l'homme*. 3. ed. Paris: PUF, 1998. p. 12.

³⁵ CASSESE, Antonio. *International law*. Oxford: Oxford University Press, p. 104.

human rights. There are many legal instruments that treats this subject and they will all, somehow, permeate this work. The idea of universal values reaches the creation of all these instruments, however, it is important to know until what point this attempt of universalizing is effective. In this particular case, it is observed two phenomena that allow the experiment of creation of a community of values. They are the normative harmonization and the elaboration of hybrid legal instruments.

Keywords: Human Rights. Fundamental Rights. Community of Values. Internationalization of Law.

Referências

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, ponderação e racionalidade. *Revista de Direito Privado*. [S.l.], n. 24, p.334, out./dez. 2005.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 3. reimp. Rio de Janeiro: Campus; Elsevier, 2004.

_____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone Editora, 1995.

CASSESE, Antonio. *International law*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

COTLER, Irwin. Les droits de l'homme, culture universelle. Intervenir? Droits de la personne et raisons d'État. In : FORUM INTERNATIONAL SUR L'INTERVENTION. 1993, Paris. Anais eletronicos... Paris, 2003.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Le pluralisme ordonné : les forces imaginantes du droit*. Paris: Éditions du Seuil, 2006. v. 2

_____. *Le relatif et l'universel: les forces imaginantes du droit*. Paris: Éditions du Seuil, 2004. v.1

MARTY, Mireille; CASSESE, Antonio. *Crimes internationaux et juridictions internationales*. Paris: PUF, 2002.

KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: que é o Iluminismo? In: KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 2004.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

ROBLES, Gregorio. *Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual*. Barueri: Manole, 2005.

VILLEY, Michel. *Le droit et les droits de l'homme*. 3 ed. Paris: PUF, 1998.