



O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: ESPAÇO TRANSNACIONAL PARA REIVINDICAÇÃO DE INJUSTIÇAS?

THE INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW: TRANSNATIONAL SPACE FOR CLAIMING INJUSTICES?

Paula Spieler

Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2003) e mestrado em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2007). Atualmente é professora da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas - RJ. Lattes: lattes.cnpq.br/3109185093114023 E-mail: paula.spieler@fgv.br

Resumo

O presente trabalho analisará a relação entre direitos humanos e a reivindicação contra injustiças através de uma questão: o Direito Internacional dos Direitos Humanos contribui para uma nova teoria da justiça que seja capaz de enfrentar os desafios da globalização? Para responder essa questão, estudaremos, em um primeiro momento, o conceito de justiça para Nancy Fraser e, em seguida, verificaremos se os mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos constituem espaços efetivos para se reivindicar injustiças e para ampliar o acesso dos sujeitos para além da demarcação estipulada pela ordem Westfaliana.

Palavras-chave: Justiça, Ordem Westfaliana, Direitos Humanos.

Abstract

This paper will examine the relationship between human rights and the struggle against injustices through the following question: the International Human Rights Law contributes to a new theory of justice that is able to meet the challenges of globalization? To answer this question, we will firstly study the concept of justice for Nancy Fraser and then analyze if the international mechanisms for the protection of human rights are effective spaces to claiming injustices and to expand the access of subjects beyond the framing of the Westphalian order.

Keywords: Justice, Westphalia Order, Human Rights

INTRODUÇÃO

Nancy Fraser, em *Scales of Justice*, parte de duas imagens para repensar a questão da justiça num mundo globalizado: a balança e o mapa. A primeira se refere à balança moral através da qual reivindicações distintas devem ser analisadas por um julgamento imparcial, sendo o principal desafio lidar com as diferentes visões sobre o que é justiça: redistribuição, reconhecimento ou representação. Já a segunda imagem diz respeito ao espaço geográfico para representação das relações. Nesta, a questão central é enfrentar as diferentes visões sobre quem é o sujeito¹ da justiça: cidadãos ou humanidade global ou comunidades transnacionais de risco? (FRASER, 2010, p. 5).

No presente trabalho, focaremos no *remapeamento*, uma vez que é nessa imagem que surgem dois questionamentos: (I) se existem de fato espaços transnacionais para reivindicar justiça; e (II) quem são os sujeitos legitimados a fazer tais reivindicações. Essas questões podem ser analisadas conjuntamente com a ideia de proteção da pessoa pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos² (DIDH), uma vez que tanto Fraser quanto o DIDH partem do pressuposto de que vivemos num mundo pós-Westfaliano e, conseqüentemente, de que precisamos de espaços transnacionais para reivindicar justiça e a proteção dos direitos humanos.

Nesse sentido, o principal objetivo do presente trabalho é analisar se o Direito Internacional dos Direitos Humanos, em geral, e os mecanismos de proteção dos direitos humanos³, em particular, contribuem para uma nova teoria da justiça social que consiga lidar com os problemas da globalização. Em especial, almeja-se verificar se os mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos podem ser considerados, na prática, como um espaço para a luta contra injustiças globais e para ampliar o acesso dos sujeitos para além da delimitação da ordem Westfaliana.

Para tanto, o trabalho está estruturado da seguinte forma: (I) o conceito de justiça para Nancy Fraser; (II) a internacionalização dos direitos humanos e o uso de seu discurso; (III) a relação entre soberania e DIDH; e (IV) o sujeito do DIDH. Almeja-se, com isso, demonstrar que ainda que o DIDH constitua mais um espaço transnacional para lutar contra injustiças, ele não alcança todas as pessoas, sobretudo porque está baseado na ideia de que o Estado soberano ainda é o principal ator da ordem internacional.

¹ A expressão “*the who of justice*” foi traduzida como quem é o sujeito da justiça. Fraser também aborda “como” esses sujeitos devem ser determinados. Assim, a sua teoria almeja responder a três perguntas sobre justiça: o que (*what*), quem (*who*) e como (*how*).

² Direito Internacional dos Direitos Humanos diz respeito ao conjunto de tratados e mecanismos específicos de proteção dos direitos humanos existentes no âmbito internacional, compreendendo, assim, tanto o sistema ONU quanto os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos.

³ Ao falar em “mecanismos de proteção dos direitos humanos”, estou me referindo a todos os mecanismos existentes: sistema ONU e sistemas regionais de proteção dos direitos humanos.

I. FRASER: CONTRIBUIÇÕES PARA O ESTUDO DA JUSTIÇA HOJE

Fraser propõe uma teoria de justiça tridimensional (cultural, econômica e política) para enfrentar os problemas de um mundo globalizado. Para tanto, a autora revisita sua teoria de justiça (composta por duas dimensões: reconhecimento e redistribuição) adicionando uma terceira dimensão (representação) por entender que a mesma tinha uma lacuna ao não reconhecer a autonomia relativa das desigualdades enraizadas na constituição política da sociedade - em oposição à estrutura econômica ou ordem estatal.

Além de possibilitar o enfrentamento de injustiças meta-políticas (FRASER, 2010, p. 6 e 16), esta dimensão questiona os critérios de pertencimento social, ou seja, os critérios que determinam quem é considerado membro de determinada comunidade. Sendo assim, a terceira dimensão especifica o alcance das outras dimensões: quem está incluído e quem está excluído da possibilidade de reivindicar uma distribuição justa e o reconhecimento recíproco. Nesse sentido, a dimensão política é de extrema importância uma vez que permite o questionamento da relação entre cidadania e reivindicação por justiça: “*Do the boundaries of the political community wrongly exclude some who are actually entitled to representation?*” (FRASER, 2010, p. 18).

Atrelada à dimensão política está a questão da falta de representação, que pode ser dividida em dois tipos: política-ordinária (*ordinary-political*) e *misframing*. Enquanto que a primeira diz respeito a um problema de representação dentro de fronteiras já delimitadas, a segunda se refere ao processo de estabelecimento de fronteiras. O segundo nível, ou *misframing*, tem repercussão gravíssima, pois delimita quem é membro e não membro de uma comunidade e, assim, quem está intitulado a reivindicar questões relacionadas à distribuição, reconhecimento e representação política-ordinária. A exclusão de determinadas pessoas da delimitação da justiça constitui um tipo de meta-injustice, na qual uma pessoa é privada da oportunidade de fazer reivindicações por justiça dentro de uma comunidade política, tornando-se, assim, uma “não pessoa” em termos de justiça (FRASER, 2010, p. 20).

No cenário internacional, Fraser afirma que apesar do modelo de Estado soberano ter sido por muito tempo incontestado, a globalização colocou a questão da delimitação (*frame*) na agenda política. Para a autora, o arcabouço Keynesiano-Westfaliano tem sido considerado como um instrumento de injustiça (FRASER, 2010, p. 21), já que divide o espaço político de tal forma que não permite que pessoas pobres ou excluídas de sua comunidade questionem as forças que as oprimem. Sendo assim, não surpreende o fato de *misframing* ser considerada a injustiça basilar da era globalizante. Nesse cenário, surge a questão central: como podemos integrar as lutas contra falta de reconhecimento, má-distribuição e falta de representação dentro de uma estrutura pós-Westfaliana?

Para enfrentar a questão de *misframing* num mundo globalizado, Fraser distingue entre dois tipos de *politics of framing*: afirmativa ou transformadora. A primeira não questiona a ordem Westfaliana em si, e sim as fronteiras existentes, reivindicando, portanto, novas delimitações. O sujeito da justiça continua a ser o cidadão. Já a

concepção transformadora entende que a gramática Westfaliana de *frame-setting* não consegue abranger causas estruturais de várias injustiças do mundo globalizado, uma vez que não são especificamente territoriais (FRASER, 2010, p. 22-23). O sujeito da justiça é, para esta abordagem, quem sofre injustiça, não havendo uma relação necessária com a demarcação territorial do espaço.

Nesse sentido, a abordagem transformadora de *framing* tem por objetivo substituir o princípio territorial estatal da ordem Westfaliana com um ou vários princípios pós-Westfalianos. Visa-se alterar o sujeito da justiça, assim como o modo de sua constituição. Fraser salienta que ainda não sabemos como essa ordem pós-Westfaliana seria, mas que o princípio do *all-affected* seria o candidato mais promissor. De acordo com este princípio, “*all those affected by a given social structure or institution have moral standing as subjects of justice in relation to it*” (FRASER, 2010, p. 24).

Segundo a autora, ambientalistas, por exemplo, estão utilizando este princípio para reivindicar justiça. Eles alegam que questões não ou extra territoriais afetam suas vidas. Ao invocar um princípio pós-Westfaliano, esses movimentos objetivam alterar a própria gramática de *frame-setting*, bem como participar do processo de determinação do sujeito (FRASER, 2010, p. 26).

Nesse contexto, Fraser ressalta que uma questão central para ser enfrentada em relação ao sujeito da justiça é: qual é o arcabouço pertinente através do qual podemos refletir sobre os requisitos da justiça num mundo globalizado? Esta questão está atrelada à noção, para a autora, de que o contexto atual é de uma “justiça anormal”⁴ (FRASER, 2010, p. 49), pois não há concordância quanto aos sujeitos da justiça (quem está intitulado a fazer reivindicações) e sobre a quem (agência ou *agency*) se deve reivindicar.

Para Fraser, o lado positivo da justiça anormal é a expansão do campo de contestação. Quanto à agência, há a visão que restringe a possibilidade de reivindicar somente aos Estados soberanos enquanto alguns incluem também instituições cosmopolitas ou transnacionais. Em relação ao sujeito, alguns sustentam que somente cidadãos são sujeitos da justiça, enquanto que outros incluem grupos, comunidades e todos os seres humanos. Para Fraser, existem hoje quatro visões rivais sobre o sujeito da justiça: Westfaliana (cidadão), local (unidades subnacionais), transnacional-regional (unidades maiores, como “Europa” ou “Islã”) e global-cosmopolita (todos os seres humanos) (FRASER, 2010, p. 56-57).

Nesse contexto, será que o Direito Internacional dos Direitos Humanos, em geral, e seus mecanismos de proteção, em especial, podem ser considerados como um espaço transnacional que amplia de fato o sujeito da justiça? Antes de analisar essa questão, faz-se necessário primeiro estudar a internacionalização dos direitos humanos e o uso de seu discurso hoje, a fim de compreender o contexto atual do DIDH.

⁴ Fraser utiliza o conceito de ciência normal de Thomas Kuhn para se referir à justiça: “*justice discourse is normal just so long as public dissent from, and disobedience to, its constitutive assumptions remains contained*”. FRASER, 2010, p. 49.

2. DIREITOS HUMANOS: ORIGEM HISTÓRICA E USO DO DISCURSO

O processo de internacionalização dos direitos humanos é bastante recente na história, tendo surgido após a Segunda Guerra Mundial com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945. Conforme disposto no artigo 1º da Carta da ONU, esta organização foi criada com os principais objetivos: (I) manutenção da paz e da segurança internacionais; (II) desenvolvimento de relações amistosas entre os Estados; (III) realização de uma cooperação internacional para “resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e **para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais** para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião” (grifo nosso); (IV) ser um centro de harmonização das ações dos Estados para realização dos objetivos em comum.

A posição majoritária entre doutrinadores é de que a Carta da ONU consolidou o Direito Internacional dos Direitos Humanos e deu ensejo à criação uma nova ordem internacional que, por consenso dos Estados, colocou a proteção dos direitos humanos em seu centro. Nesse sentido, o objetivo principal da ONU seria evitar a ocorrência de novas atrocidades.

Contudo, ao analisarmos o texto da própria carta e os fatos históricos, verificamos que essa visão não é tão incontroversa. A Carta das Nações Unidas, apesar de mencionar o termo “direitos humanos” seis vezes, não o coloca como o principal objetivo das nações. A expressão é utilizada: (i) ao mencionar a cooperação internacional como um dos propósitos da organização para, dentre outras atribuições, promover os direitos humanos (arts. 1o e 55, c); (ii) quando aborda as funções da Assembléia Geral (art. 55, c), do Conselho Econômico e Social (arts. 62.2 e 68) e do extinto Sistema de Tutela (art. 76, c).

Samuel Moyn, Professor de História da Universidade de Columbia, questiona a origem histórica da internacionalização dos direitos humanos e afirma que essa *selective history* (MOYN, 2010, p. 46) deve ser substituída por uma composta por eventos que demonstram um cenário internacional pós Segunda Guerra Mundial de forma não tão otimista. Para o autor, a adoção, em 1948, da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) e, em 1950, da Convenção Européia sobre Direitos Humanos, eram subprodutos na época, e não o principal evento. Isto porque os direitos humanos eram muito vagos e conservadores na década de 40. Tratava-se de uma forma para a Europa ocidental conservadora mostrar sua identidade distintiva (MOYN, 2010, p. 47). A principal preocupação era a necessidade de repensar a ordem internacional para evitar novas guerras e não a proteção dos direitos humanos.

Nesse contexto, a criação da ONU tinha por objetivo balancear o poder das grandes potências. Tanto é que a ideia de incluir direitos humanos na carta apareceu no final de sua redação, na proposta de estabelecimento do Conselho Econômico e Social. Ironicamente, foi o então Primeiro Ministro da África do Sul, Jan Christian Smuts (defensor da segregação racial em seu país), que insistiu na necessidade de um documento mais enaltecido destes direitos (MOYN, 2010, p. 61).

Especificamente em relação à DUDH, Moyn ressalta que o documento não tem origem multicultural, e foi em verdade elaborado por uma “elite diplomática global” que, em sua grande maioria, teve formação no ocidente. Apesar de reconhecer que a adoção da DUDH representou uma conquista em virtude do consenso diplomático num momento de tensão global, Moyn enfatiza que a linguagem direitos humanos permanecia periférica (MOYN, 2010, p. 68).

Para o autor, o discurso de direitos humanos só ganha relevância no cenário internacional na década de 70, sobretudo em decorrência de três eventos: (I) surgimento de organizações não governamentais visando a proteção dos direitos humanos como uma preocupação global, sobretudo a criação da Anistia Internacional; (II) colapso da ideologia comunista; e (III) inclusão, por Jimmy Carter, da linguagem direitos humanos em sua campanha presidencial.

Independentemente da divergência histórica quanto à origem dos direitos humanos contemporâneos⁵, o fato é que hoje direitos humanos é um discurso bastante diverso. A expressão “direitos humanos” assume conotações distintas para diferentes pessoas, podendo significar valores éticos, interesses, práticas de governança, dentre outras. Assim, direitos humanos emerge “*as an encyclopedia of multitudinous moral/ethical discourses furnishing standards of critical morality for the evaluation of all existing states of governance/resistance affairs*” (BAXI, 2008, p. 15).

Hoje tudo é direitos humanos a tal ponto que se tornou uma significativa vazia (BROWN, 2011, p. 44). Na linguagem do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o termo “direitos humanos” permanece problemático, pois tenta reduzir seus diferentes significados a uma falsa totalidade, traduzida na ideia de direitos humanos universais que têm por objetivo proteger a “dignidade humana” e promover o “bem-estar”.

A utilização do discurso dos direitos humanos também é uma questão problemática. De acordo com Upendra Baxi, o surgimento dos direitos humanos, como a única ideologia universal, possibilitou tanto a legitimação do poder quanto a *praxes* de uma política emancipatória (BAXI, 2008, p. 1 e 10). No mesmo sentido, Costas Douzinas afirma que a maior fraqueza e maior força dos direitos humanos está justamente nessa dupla possibilidade: legitimação moderna do poder (como descrição da existência) e caráter revolucionário (como axioma da ação) (DOUZINAS, 2009, p. 96).

Sendo assim, corporações multinacionais, Estados, minorias, organizações não governamentais e outros atores utilizam hoje o discurso de direitos humanos. Se, por um lado, corporações multinacionais e Estados o utilizam para manutenção do *status quo* e para ter uma boa imagem perante a sociedade civil e os demais atores da comunidade internacional, os movimentos sociais e organizações não governamentais na América Latina, sobretudo, utilizam este discurso de forma muito distinta: para reivindicar a promoção e proteção de direitos humanos por parte do Estado.

Verifica-se, assim, a complexidade do discurso de direitos humanos, pois ele: (I) tem diferentes conotações; (II) pode ser utilizado tanto para legitimar o poder quanto para reivindicar direitos. Nesse contexto, será que o DIDH pode ser de fato considerado um espaço transnacional para reivindicação de justiça? Passaremos, agora, à análise desta questão levando em consideração a relação entre DIDH e soberania.

⁵ Adota-se, no presente trabalho, a concepção de “direitos humanos contemporâneos” (surgem no pós segunda guerra mundial com a criação da ONU e representa o início de uma ordem legal e política pós-Westfaliana) utilizada por Upendra Baxi para contrastar com “direitos humanos modernos” (foram estabelecidos após as revoluções americana e francesa e marcam a consolidação da ordem e do direito internacional Westfaliano). BAXI, 2008, p. 42.

3. SOBERANIA E O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Fraser parte da premissa de que é necessário *remapear* hoje, em virtude da globalização, as fronteiras da justiça numa escala mais ampla para que esta possa abranger as injustiças transfronteiriças. Para a autora, o arcabouço Keynesiano-Westfaliano é um instrumento poderoso de injustiça, havendo, inclusive, quem sustente que *misframing* é a injustiça basilar da era globalizada (FRASER, 2010, p. 21).

De acordo com Fraser, o mapeamento Westfaliano do espaço político está perdendo seu espaço, já que as questões sobre justiça estão indo além do arcabouço Keynesiano-Westfaliano (FRASER, 2010, p. 15). Como exemplo, Fraser cita o papel dos ativistas de direitos humanos na reivindicação de solução para injustiças transfronteiriças em organizações internacionais, bem como a criação de instituições cosmopolitas, como o Tribunal Penal Internacional, com a competência para considerar um Estado responsável pela violação de direitos humanos (FRASER, 2010, p. 14).

Estes dois exemplos ressaltam uma possível relação entre justiça e o DIDH, uma vez que os mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos poderiam contribuir para uma justiça global. Antes de analisar essa questão, faz-se necessária uma análise prévia: será que os mecanismos de proteção dos direitos humanos desafiam realmente a soberania estatal? Para respondê-la, analisaremos primeiro o conceito de soberania e, posteriormente, a relação entre soberania e Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Soberania reflete a idéia de que existe na comunidade política uma autoridade política final e absoluta e de que não há, fora dela, “alguma autoridade final e absoluta” (HINSLEY, 1972, p. 29). Em outras palavras, soberania é composta por um aspecto interno - “*the entitlement of a state to rule over a bounded territory*” (HURD, 1999, p. 393), revelando que o sistema internacional é composto por unidades que são legalmente auto-governadas – e um aspecto externo - ausência de autoridade acima de outra autoridade estatal, conceito negativo que define soberania pelo que exclui ao invés de pelo que inclui (VINCENT, 1976, p. 44).

Jean Bodin, em seus *Six Livres de la République*, de 1577, foi talvez o primeiro a traçar uma teoria em torno do conceito da soberania. No entanto, a aparição de tal conceito permaneceu por muito tempo ignorada por sociedades europeias do século XVI. Isto porque perduraram por muito tempo as condições medievais – dentre elas, a crença quase universal de que a sociedade política havia sido instituída em conformidade com a vontade de Deus e o direito natural em um processo que colocou governantes e governados em lados opostos, cada qual com seus direitos e deveres (HINSLEY, 1972, p. 114).

Com o Tratado de Westfália, de 1648, buscou-se uma maneira dos Estados independentes, todos soberanos em seu território, realizarem seus interesses sem destruir outro Estado ou o sistema internacional do qual faziam parte. Este sistema internacional foi em um primeiro momento centrado na Europa e era baseado na ideia de que todos os Estados eram os atores por excelência. Todos os Estados eram juridicamente iguais e sua soberania era tida como absoluta. Presumia-se que o Estado manteria a ordem necessária internamente e utilizaria os recursos necessários para conduzir as relações com outros Estados.

Verifica-se, assim, que a partir do século XVII, a soberania passou a ser o conceito dominante no direito público dos Estados europeus. Nesse contexto, surgiram quatro instituições para manter a ordem e estabilidade do sistema internacional: (I) a balança de poder; (II) a codificação de regras de comportamento através do direito internacional; (III) a promoção de conferências para dirimir conflitos; e (IV) o crescimento de práticas diplomáticas (WATSON, 1984, p. 23-25).

Com a emergência dessas instituições, foi sendo aos poucos construída uma “sociedade internacional”, na qual seus membros são soberanos, mas aceitam a existência de regras, normas e obrigações comuns. Nas próprias palavras de Bull, “existe uma ‘sociedade de Estados’ (ou ‘sociedade internacional’) quando um grupo de Estados, conscientes de certos valores e interesses comuns, forma uma sociedade, no sentido de se considerarem ligados, no seu relacionamento, por um conjunto comum de regras, e participam de instituições comuns” (BULL, 2002, p. 19). Nesse sentido, os Estados soberanos, apesar de continuarem tendo autonomia interna, aceitam a existência de normas em comuns para manter a ordem no sistema internacional.

Assim, apesar do princípio da soberania ser ainda o princípio basilar da ordem internacional, a limitação ao mesmo disposta na Carta da ONU possibilitou o surgimento do DIDH. O Direito Internacional dos Direitos Humanos é composto por diversos mecanismos de proteção dos direitos humanos que funcionam de forma complementar e subsidiária ao ordenamento nacional. Isto significa que tais mecanismos só podem ser utilizados quando o Estado for omissos ou falho em resolver determinado caso, sendo uma garantia adicional à proteção dos direitos humanos sempre que os instrumentos nacionais forem omissos.

Contudo, estes mecanismos revelam um paradoxo: ao mesmo tempo em que demonstram que a soberania não é mais absoluta e, conseqüentemente, que direitos humanos não são mais uma questão restrita ao âmbito nacional, eles também afirmam a dificuldade destes órgãos internacionais em protegerem de fato os direitos humanos. Isto porque, em última instância, quem deve reparar a pessoa que teve um direito violado é o Estado. Sendo assim, por mais que um órgão internacional possa reconhecer a responsabilidade internacional de um Estado por determinada violação, é o mesmo Estado violador que deverá cumprir as recomendações do órgão tanto para reparar a vítima quanto para evitar a repetição de novas violações.

Para fins ilustrativos, podemos ressaltar dois casos do sistema interamericano de direitos humanos: *Maria da Penha Maia Fernandes vs. Brasil* e *Julia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Quanto ao primeiro caso, em 1983 a farmacêutica Maria da Penha foi vítima de duas tentativas de homicídio por seu ex-marido, Marco Antonio Viveiros, economista, em sua casa em Fortaleza. Como em 1998 o caso continuava pendente na justiça brasileira - apesar de Marco Antonio já ter sido condenado duas vezes por júri popular, Maria da Penha, juntamente com duas organizações não governamentais (CEJIL e CLADEM), levaram o caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

Em 2001, a CIDH considerou o Estado brasileiro responsável pelas violações aos direitos ao devido processo legal e à igualdade, e proteção judicial. Dentre as recomendações ao governo brasileiro, destaque-se: (I) conceder à vítima uma reparação simbólica; (II) conduzir uma investigação imparcial e séria para verificar o responsável pela demora injustificada no julgamento do caso; (III) concluir rapidamente o processo criminal contra Marcos Antonio. Dentre estas recomendações, a segunda até hoje não foi cumprida pelo Estado.

Como outro exemplo, destaque-se a mais recente condenação do Estado brasileiro pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), em dezembro de 2010: caso Julia Gomes Lund e outros vs. Brasil, mais conhecido como o caso Guerrilha do Araguaia. Dentre as determinações da Corte, está o dever do Estado em conduzir uma investigação penal para esclarecer o desaparecimento de sessenta e duas pessoas, determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e conseqüências previstas em lei. Nesse contexto, a Corte IDH entendeu que as disposições da Lei da Anistia que impedem a investigação e sanção das graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana sobre direitos humanos, carecem de efeitos jurídicos e não podem ser utilizadas como obstáculo para a investigação do caso.

Este ponto merece especial atenção, pois contraria posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da ADPF 153/DF de abril de 2010: por 7 votos a 2, o STF entendeu que não cabe ao poder judiciário rever o acordo político que resultou, em 1979, na anistia de todos que cometeram crimes políticos e conexos a eles no Brasil de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979. Sendo assim, militares e policiais que praticaram tortura ou outra grave violação de direitos humanos foram contemplados pela Lei da Anistia e, conseqüentemente, não podem ser julgados pelos crimes cometidos. Logo após a decisão da Corte IDH, a Advocacia Geral da União afirmou que prevalece o entendimento do STF e, assim, que o governo não deve cumprir esta parte da sentença da Corte.

Ambos os casos demonstram que cabe ao Estado, em última instância, promover e proteger os direitos humanos e que o mesmo pode deixar de cumprir uma recomendação da CIDH ou decisão da Corte, ainda que, como se vê pela promulgação da Lei Maria da Penha, esses mecanismos possam ter conseqüências positivas. Nesse sentido, fica claro que apesar de existirem mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos, o Estado continua sendo o principal ator no cenário internacional. Se, por um lado, estes mecanismos representam um espaço transnacional para reivindicar justiça, por outro lado eles não questionam o arcabouço Westfaliano. Muito pelo contrário: acabam por reforçar esta ordem, pois demonstram, na prática, que cabe ao Estado promover e proteger os direitos humanos e que o mesmo pode deixar de cumprir as decisões sem que isso interfira em sua soberania.

4. O SUJEITO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

O Direito Internacional dos Direitos Humanos adota a versão universalista, segundo a qual seu sujeito é qualquer pessoa humana. De acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, todas as pessoas nascem livres e iguais (artigo 1o) e têm “capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição” (artigo 2o).

Na prática, contudo, não é isso que se verifica. Os mecanismos de proteção dos direitos humanos, apesar de representarem avanços em determinados casos, não são acessíveis a todas as pessoas. Embora existam diversos fatores que contribuam para este cenário, o presente trabalho focará em uma questão: tais mecanismos são baseados na ideia de que o principal ator do cenário internacional ainda é o Estado.

Como consequência: (I) uma pessoa só pode denunciar um Estado se o mesmo tiver ratificado o tratado que cria o mecanismo ao qual se pretende enviar a petição; (II) o acesso aos mecanismos está atrelado à condição de cidadão.

Em relação ao primeiro ponto, uma pessoa ou grupo de pessoas só pode enviar uma denúncia aos mecanismos convencionais da ONU de proteção dos direitos humanos e aos sistemas regionais de direitos humanos se o Estado denunciado tiver ratificado o tratado que cria o mecanismo escolhido. Destaque-se, para fins exemplificativos, o sistema interamericano de direitos humanos. Neste sistema, uma pessoa ou grupo de pessoas só pode enviar uma denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos caso o Estado responsável pela violação tenha ratificado a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Além desta ratificação, faz-se necessária uma declaração em separado dizendo que o Estado também reconhece a competência da Corte IDH.

Outra questão a ser enfrentada diz respeito a não ratificação dos tratados de direitos humanos. Como exemplo, destaque-se os EUA, que não ratificaram até hoje a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (cria a Corte IDH) e o Estatuto de Roma (estabelece o Tribunal Penal Internacional). Como consequência, esses espaços transnacionais não são acessíveis a todas as pessoas, uma vez que o acesso está atrelado à necessidade de ratificação pelo Estado violador.

O segundo tópico, por sua vez, demonstra que na prática o DIDH busca proteger somente as pessoas que, na condição de cidadãos, têm acesso aos mecanismos internacionais. Sendo assim, o DIDH não protege efetivamente os excluídos de um Estado, que são quem, na verdade, deveriam ter seus direitos assegurados. Como exemplo, destaque-se a situação dos trabalhadores migrantes não documentados. No âmbito do DIDH, existe somente a Convenção internacional sobre a proteção dos direitos dos trabalhadores migrantes e dos membros de sua família. Criada em 1990, esta convenção entrou em vigor somente em 2003 e conta hoje com apenas 45 ratificações, sendo que os Estados que são os principais receptores de imigrantes não a ratificaram.

Verifica-se, assim, uma incompatibilidade entre a consagração universal dos direitos humanos e sua efetiva proteção. Dessa forma, apesar do DIDH dispor que toda pessoa deve ter seus direitos protegidos, na prática somente os cidadãos membros de Estados que ratificaram determinada convenção é que podem ter acesso aos mecanismos de proteção dos direitos humanos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O potencial das linguagens de direitos humanos é sem precedente na história. Direitos humanos, como linguagens de poder e reivindicação, tem vários futuros e não somente um (BAXI, 2008, p. 26). Em especial, o discurso dos direitos humanos como sinônimo de luta pela proteção dos direitos e contra injustiças deve ser constantemente afirmado, a fim de ressaltar o caráter reivindicatório dos direitos humanos em detrimento do discurso hegemônico que reafirma a ordem Westfaliana.

Contudo, ao analisar o DIDH, constata-se que o mesmo potencial reivindicatório não se aplica, pois o DIDH reafirma o Estado soberano como principal ator do cenário internacional, bem como restringe a efetiva proteção dos direitos humanos aos cidadãos, já que há um contraste entre quem é e quem deveria ser o sujeito dos direitos

humanos. Apesar de haver casos que demonstrem a possibilidade de efetiva proteção dos direitos humanos, o alcance do DIDH ainda é limitado uma vez que não assegura o acesso aos excluídos da lógica Westfaliana.

Constata-se, assim, que o DIDH constitui, timidamente, um espaço transnacional para reivindicação de injustiças globais, pois ainda funciona de acordo com a ordem Westfaliana e, conseqüentemente, não amplia na prática o rol dos sujeitos que têm acesso aos mecanismos de proteção de direitos humanos. Nesse sentido, Fraser tem razão ao afirmar o caráter transnacional dos direitos humanos para lutar contra injustiças. Contudo, essa afirmação faz mais sentido em relação ao que deveria ser o DIDH, e não sobre o que o DIDH é de fato hoje.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAXI, Upendra. **The future of human rights**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

BEDAU, Hugo Adam. "Anarchical Fallacies": Bentham's Attack on Human Rights. **Human Rights Quarterly**, v. 22, n. 1, Fevereiro 2000.

BROWN, Wendy. We are all democrats. In: Giorgio Agamben; Alan Badiou; *et al.* **Democracy in what state?** Nova York: Columbia University Press, 2011.

BULL, Hedley. **A sociedade anárquica**. Brasília: Ed. UnB, 2002.

DOUZINAS, Costas. **Human Rights and empire**. Nova York: Routledge Cavendish, 2009.

FRASER, Nancy. **Scales of Justice – reimagining political space on a globalizing world**. Nova York: Columbia University Press, 2010.

HINSLEY. **El concepto de soberanía**. Barcelona: Editorial Labor, 1972.

HURD. Legitimacy and authority in international politics. **International Organization**, v. 53, n. 2, 1999.

LYONS, Gene; MASTANDUNO, Michael. Introduction: International Intervention, State Sovereignty, and the Future of International Society. In: LYONS; MASTANDUNO (eds). **Beyond Westphalia? State Sovereignty and International Intervention**. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1995.

MOYN, Samuel. **The last utopia: human rights in history**. Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2010.

O ESTADO DE SÃO PAULO. União reafirma decisão do STF sobre Lei da Anistia. 17/06/2011. Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br/politica/uniao+reafirma+decisao+do+stf+sobre+lei+da+anistia/n1597033770745.html>. Acesso em: 22 set. 2011.

VINCENT. **No intervención y orden internacional**. Chile/ Buenos Aires: Marymar, 1976.

WATSON, Adam. European international society and its expansion. In: BULL; WATSON (eds.). **The expansion of international society**. Nova York: Clarendon, 1984.

Recebido em 07.02.2012

Aprovado em 19.09.2012