

VII

A AUSÊNCIA DE INSTITUIÇÕES EFETIVAS DE DIREITOS HUMANOS AO NÍVEL NACIONAL*

.....

FRANZ XAVER VON WEBER

Professor convidado da Universidade de Friburgo (Suíça, para lecionar a disciplina Direitos Humanos no Mestrado em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

A Segunda Guerra Mundial foi o motivo trágico para a universalização e a institucionalização dos direitos humanos no nível internacional. Com a criação da ONU em 1946 e a Declaração Mundial dos Direitos Humanos no ano de 1948 a positivação internacional dos direitos humanos teve início. Os dois Pactos Internacionais dos direitos sociais, econômicos e culturais (Pacto I) e dos direitos políticos e civis (Pacto II) surgiram no ano de 1966. Ao lado das várias convenções internacionais sobre temas especiais dos direitos humanos (p.ex. tortura, apartheid, discriminação, mulheres, crianças e meio ambiente), foram criadas também convenções e instituições em algumas regiões do mundo, em particular nas Américas e na Europa.

Esta evolução causou em alguns países europeus “uma mudança na situação jurídica que não pode ser sobrestimada”¹ Por exemplo, a Constituição Austríaca não conhece ‘direitos fundamentais’, mas somente ‘direitos garantidos pela lei constitucional’. Só com a ratificação da Convenção Européia sobre a Proteção dos Direitos Humanos que estes foram introduzidos na ordem constitucional austríaca e concretizados principalmente pela jurisprudência. Estes direitos evoluíram aqui paralelamente ao desenvolvimento jurídico internacional.²

Com o novo constitucionalismo, cujo advento se deu com o pós-guerra e com a descolonização, os direitos humanos encontraram um lugar mais sólido e especial nas constituições dos estados novos no mundo inteiro. Não admira que os direitos humanos sejam hoje um tema principal no projeto para uma constituição européia.

I - A marcha irresistível dos direitos humanos através do direito internacional público

A idéia dos direitos humanos não perdeu nada de sua força, apesar da negligência de alguns países e governos. Mesmo a tentativa de abuso dos direitos humanos para atender a fins econômico-imperialísticos – em particular pelos Estados Unidos da América (EUA) – não poderiam fazer desacreditar a sua idéia principal. No contrário: Os direitos humanos preponderam defronte as revoluções tecnológico-industriais permanentes e da nova pobreza.

Depois da queda do muro de Berlim e do colapso do comunismo, Bruno Simma e Ulrich Fastenrath vêem a oportunidade para uma proteção internacional dos direitos humanos mais eficaz “sem dúvida decisivamente melhorada”.³ Uma contribuição prestou a Declaração Russa sobre os Direitos e as Liberdades do Homem no dia 5 de setembro de 1991.⁴ Anteriormente, os direitos fundamentais soviéticos foram condicionados pela legitimidade socialista, no sentido de que eles deveriam servir para “a evolução da sociedade socialista”, a sociedade sem classes. Já a jurisprudência soviética aceitava a suprapositividade dos direitos humanos nos anos setenta. Alexander Blankenagel concluiu que com esta idéia a atividade do Estado tem um papel particular, isto é, “contra ela o Estado não pode infringir sem perder sua legitimidade ou – imprimindo ainda mais cuidado – sem ter uma obrigação mais forte para justificá-la”.⁵

O maior objetivo da ONU é impedir a Guerra, que se expressa com “a nossa fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos de homens e mulheres, assim como das nações, grandes e pequenas”.⁶ Um outro fim é a colaboração “resolvendo os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, promovendo e estimulando o respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião” (art. 1 cif. 3). A Assembléia Geral “iniciará estudos e fará recomendações destinadas” (art. 13).

A colaboração internacional na área econômica e social tem como base, principalmente, “o respeito universal e efetivo aos direitos do homem e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião” (art. 55, letra c).

Decisivo é, porém, o trabalho desenvolvido nas regiões do mundo como mostram os exemplos da Europa e das Américas. Os estados de uma região mundial são “homogêneos pelas tradições e mentalidades para oferecer aos seus cidadãos uma proteção mais eficaz e generosa contra a omissão do poder do Estado como fosse possível ao nível da ONU, onde o termo direitos humanos – hoje sobretudo entre o Norte e o Sul – por causa das culturas diferentes, sempre será discutido”⁷

II - Das instituições do direito público internacional até a criação das instituições nacionais dos direitos humanos

Na Europa a Convenção Europeia para a proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (CEDH) no ano de 1950 tornou-se eficaz para centenas de milhões de pessoas somente após a ratificação pelos Estados anteriormente comunistas do Leste Europeu. A CEDH é tida como pioneira de um ‘direito público europeu’ (‘droit publique européen’) pela jurisdição dos seus órgãos (a Corte e, até 1998, a Comissão).

Também o ‘Cesto 3’ dos atos finais da sessão de Helsinki no ano de 1992 da Conferência de Segurança e Colaboração na Europa (CSCE, hoje: Organização de Segurança e Colaboração na Europa, OSCE) vai nesta direção. Nas resoluções seguintes de Stockholm e de Paris os direitos da autonomia para as minorias foram fortalecidos.

Nas Américas a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (‘Pacto de San José de Costa Rica’) do ano de 1969 mostra conseqüências semelhantes como na Europa. Sua efetividade é, todavia, mais limitada – uma razão é a não-ratificação pelos EUA.

Na África, há a Carta de Banjul⁸ e o mundo árabe conheceu uma declaração islâmica dos direitos humanos. Na Ásia, por exemplo, convenções e instituições regionais como na Europa ou nas Américas ainda estão ausentes.

No ano de 1981, 168 dos 173 estados tiveram uma constituição na forma de um documento escrito que tem cláusulas pétreas em favor dos direitos humanos. Lawrence W. Beer vê “uma compreensão comum de um dos poucos modelos modernos e alternativos de governabilidade e de direito que surgiram pela primeira vez na história”.⁹

Para a obrigação dos estados, oriunda dos tratados multilaterais, o direito internacional público é tido numa ordem jurídica de colaboração e de solidariedade que exige medidas concretas dos Estados e reclama a concretização das mesmas. Para a abertura dos caminhos do recurso no direito internacional público em favor das pessoas individuais, o princípio absoluto da soberania do Estado é flexibilizado. As ordens estatais do direito sempre evoluíram como ordens executivas das convenções e pactos internacionais dos direitos humanos. A inclusão dos direitos humanos nas constituições nacionais revela a difusão das normas internacionais, a segurança da proteção jurídica e a possibilidade de materialização destes direitos. O resultado é uma estratificação mundial dos direitos humanos. Neste sentido, Patrice Gelard fala de uma constituição mundial dos direitos humanos já existente, mas ainda não perfeita, a qual põe exigências concretas às constituições e às instituições nacionais para proteger e promover mais os direitos humanos.¹⁰ Contudo, não existe ainda um estado mundial.

Como “resposta da filosofia do direito contra o desafio da globalização” Mathias Lutz-Bachmann propõe uma estatização global mínima, acompanhada dos princípios da subsidiariedade e do federalismo. “Nós devemos pensar numa forma de soberania graduada intra-estatal que proíba distinguir e ordenar horizontal e verticalmente uma pluralidade de competências e de níveis políticos.”¹¹ Este pensamento se baseia no artigo insuperável de Immanuel Kant, intitulado “A Paz Perpétua”, do início do século XIX, o qual possui relações diretas com a situação política e econômica moderna.

III - O papel prioritário dos direitos humanos

Na Conferência Mundial da ONU sobre os direitos humanos em Viena, no ano de 1993, os representantes dos estados e os outros participantes promulgaram uma declaração com 38 pontos e uma resolução com 100 pontos, afirmando fortemente a idéia dos direitos humanos e a vontade da sua concretização na prática política e social.¹²

A Conferência teve sucessos importantes e resultados concretos. Antônio Augusto Cançado Trindade constatou com razão o diálogo universal como o resultado mais importante. Este diálogo teve como objetivo fortalecer o movimento dos direitos humanos e consolidar o respeito permanente aos direitos humanos.¹³ A Assembléia Geral da ONU afirmou na resolução 48/121, de 20 de dezembro de 1993, a prioridade dos direitos humanos para a comunidade internacional – “a matter of priority for the international community”.¹⁴ Ela mostrou satisfação sobre o bom trabalho da Conferência de Viena, “que constitui um fundamento sólido para as ações e iniciativas da ONU e de outras organizações internacionais interessadas, como também a dos estados e organizações nacionais” (cif. 3).

A Assembléia Geral da ONU criou o Alto Comissariado dos Direitos Humanos. Esta criação foi um sucesso concreto da Conferência. O primeiro Alto Comissário repetiu as duas mensagens claras da Conferência: “a proteção e a promoção dos direitos humanos como uma prioridade da comunidade internacional e a interdependência e inter-relação entre os direitos humanos, a democracia e o desenvolvimento”.¹⁵ Sublinhou também a altíssima importância que a Conferência deu à assistência técnica e aos serviços consultivos para os governos interessados. Mas, no julgamento de Ingrid Kirchner, em particular, os países ocidentais deveriam fazer mais esforços para “eliminar os ‘déficits’ dos direitos humanos, por exemplo, na área do asilo e das discriminações dentro dos estados próprios e compreender seu papel não somente como ‘fiscais’ no exterior”.¹⁶

IV - Exigência da criação das instituições nacionais efetivas

À primeira vista, a Declaração e o Programa de Viena não deixam claro quais devem ser as instituições incumbidas da proteção e da promoção dos direitos humanos. São pensadas instituições estatais com uma justiça especial dotadas de comissões e divisões internas nas administrações públicas ou então mais grêmios consultivos e organizações não-governamentais (ONG's), que devem ser mais valorizadas pelos governos?

Mas no contexto das idéias principais da Conferência é fácil concluir que em primeiro lugar são formadas as instituições estatais e governamentais. Instituições já existentes devem ser fortalecidas e novas devem ser criadas (cif. 34 e 36 da Declaração e cif. 66, 68, 69, 74, 83 e 84 do Programa¹⁷), as quais devem ser instituições centrais resultantes da posição prioritária dos

direitos humanos no quadro geral dos trabalhos políticos.

Insuficientes são as instituições consultivas sem competências jurídicas como as várias comissões nacionais dos direitos humanos, como a ‘Commission de Droits de l’Homme’ na França¹⁸ ou a ‘Comissão Nacional dos Direitos Humanos’, na Indonésia.¹⁹

O Programa de Ação de Viena põe os esforços para as instituições nacionais e organizações em primeiro lugar. Os órgãos competentes da ONU são confiados a atividades que apóiam os estados de boa vontade na construção destas instituições. A comunidade dos estados reconheceram que os direitos humanos não são somente um interesse prioritário da política dos governos, mas também sua garantia e sua implementação a partir das suas próprias instituições.

Depois da Conferência Mundial de Viena, o seu fundamento é preparado para uma redefinição da legitimidade das instituições estatais em geral. Até hoje a legitimação de uma instituição se mostra fundada no ato legal e constitucional de inauguração do governo ou do poder soberano. Mas hoje, na era dos direitos humanos, há uma amplificação das condições de legitimidade no campo deste conteúdo. As instituições não devem se contradizer com os direitos humanos (função negativa), mas devem protegê-los e promovê-los (função positiva).

Perante a institucionalização internacional bem avançada, em particular no mundo ocidental e europeu, a institucionalização no sistema jurídico nacional demora muito. Com relação às instituições internacionais e mundiais já instauradas, falta ainda a correspondência institucional. A relação do direito público internacional e do direito nacional se baseia na igualdade e na soberania de todos os membros (art. 2 cif. 1 da Carta da ONU).

No nível nacional, os grêmios principais onde o discurso sobre os direitos humanos tem lugar são os parlamentos, os tribunais, em particular os tribunais constitucionais, as comissões, as universidades, os institutos especializados e as várias organizações não-governamentais (ONG's). Mas instituições dos direitos humanos especializadas com competências e influência política ainda estão ausentes.

Este diagnóstico é de alta importância para a realização dos direitos humanos porque somente os estados têm a força obrigatória (vis coactiva). As instituições de direito público internacional têm no nível do direito nacional somente o caráter

recomendado (vis directiva). Enquanto as instituições nacionais competentes e eficazes faltam, a realização dos direitos humanos não é garantida.²⁰

Que o poder e a política estatal têm dificuldades com a priorização da proteção e da promoção dos direitos humanos isto também se baseia nos efeitos das instituições estatais tradicionais, cujo início data de uma época onde os direitos humanos ainda não possuíam a mesma relevância de hoje. A encadernação dos envolvidos no processo legislativo provoca a necessidade de uma mudança do princípio de ser atingido com correlativo necessário ao princípio da maioria.²¹

O sistema de poder nas instituições tradicionais, democráticas ou oligárquicas, mostra-se, em consideração a todos os progressos – como garantia não suficiente para a proteção e a promoção das liberdades fundamentais dos homens.²² O conceito básico do sistema atual das instituições teve início no fim do século XVIII e no princípio do século XIX, onde o sistema tradicional consistiu num desafio para os novos poderes sociais e econômicos, principalmente o da mega-indústria globalizada do mundo ocidental e o das novas elites religiosas e ideológicas do mundo oriental. Especialmente, o sistema capitalista era capaz de instrumentalizar quase totalmente, nos países industrializados ocidentais, o estado de direito mesmo para o sucesso econômico, por intermédio da liberalização do comércio internacional.²³

Isso é, no aspecto do aumento do bem-estar destas sociedades, na verdade, não exclusivamente negativo. Mas é de se criticar que a orientação para se alcançar uma sociedade justa esteve sempre desacreditada. Ulrich Beck vê aqui um desafio particular para o estado e sua política. “As instituições políticas mudam em virtude do

administrador de uma evolução que elas não puderam planejar e nem podem mais formá-las, devendo, assim, assumir a responsabilidade. Por outro lado, as decisões na economia e na ciência são carregadas de um conteúdo essencialmente político para que os atores não tenham nenhuma legitimação. As decisões que mudam a sociedade não têm um lugar onde elas possam ser ressaltadas, ficando sem língua e anônimas. Na economia as decisões são ligadas às decisões sobre investimentos que suplantam o ‘potencial’ para uma mudança social numa consequência secundária”.²⁴ Nos muitos estados, em particular no terceiro mundo, o Estado de Direito ainda não está materializado. Constata-se, assim, um poder paraestatal – um poder social que sempre domina: as elites religiosas nas teocracias islâmicas, os partidos unitários comunistas na China e em Cuba, as oligarquias de latifundiários na América do Sul e no Sudeste asiático, ou empresas e indústrias enormes e capitais das nações industrializadas ocidentais.

V - Conclusão

A conclusão, em concordância com a Declaração de Viena do ano de 1993, é que em todas as regiões mundiais a prioridade dos direitos humanos exige uma transformação e uma reorganização das instituições estatais, no sentido de que devem existir instituições competentes dos direitos humanos com o fito de concretizar, realizar e promover todos os direitos humanos já positivados no direito público internacional e nacional.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- * Agradeço especialmente aos estudantes Jânio Pereira da Cunha e José Valente Neto, que trabalharam como meus auxiliares, pela contribuição e ajuda. Todas as traduções para o português das obras estrangeiras aqui utilizadas são de minha responsabilidade.
1. Ludwig Adamovich, Presidente da Corte Constitucional da Áustria, no jubileu de dez anos do Österreichisches Institut für Menschenrechte em Salzburgo, em 2 de julho do ano de 1997.
 2. Vide Herbert Miehsler, Wird die Strassburger Praxis zur Europäischen Menschenrechtskonvention im österreichischen Recht berücksichtigt?, in Yvo Hangartner/Stefan Trechsel (Hrsg.), Völkerrecht im Dienste der Menschen. Festschrift für Hans Haug, Bern 1986, pp. 159 – 178.
 3. Bruno Simma/Ulrich Fastenrath, Menschenrechte. Ihr internationaler Schutz, 3. Auflage, München, 1992, p. XXXV.
 4. Theodor Schweisfurth não acredita em sua efetividade, mas estima sua alta relevância política – atual em frente do trabalho para a criação de um espaço jurídico europeu e em frente da própria história russa. Theodor Schweisfurth, Moskau nach dem Putsch-Debakel; Die Deklaration der Rechte und Freiheiten des Menschen vom 5. September 1991, in EuGRZ 1991, S. 409 – 414. Texto da Declaração. In EuGRZ (Europäische Grundrechte Zeitschrift) 1991, pp. 433s.
 5. Alexander Blankenagel, Sowjetische Grundrechtstheorie im Fluss, in Jahrbuch für Ostrecht, XVII/1976, 2. Halbjahresheft, pp. 48s.
 6. Bruno Simma/Ulrich Fastenrath. *Op. cit.*, p. 1.
 7. Bruno Simma/Ulrich Fastenrath. *Op. cit.*, p. XXXVI.
 8. Vide Wolfgang Benedek, Das System des Menschenrechts schutzes in Afrika und Europa: Erfahrungen und Perspektiven. Zweite Afro-Europäische Konferenz der Friedrich-Naumann-Stiftung in Strassburg vom 26.-31. März 1990, in EuGRZ 1990, pp. 340 – 342.
 9. Lawrence W. Beer, Towards Human Rights Constitutionalism in Asia and the United States?, in Greenberg Douglas/Katz Stanley N./Oliviero Melanie Beth/Wheatley Steven C. (ed.), Constitutionalism and Democracy. Transitions in the Contemporary World, New York/Oxford 1993, p. 708 (texto original em Inglês).
 10. Patrice Gelard, Discours de clôture, in Thomas Fleiner (ed.), The Constitutional Development on the Eve of the Third Millennium. Internationals Association of Constitutional Law, Third World Congress (Warsaw), Freiburg CH, 1995, p. 193.
 11. Matthias Lutz-Bachmann, “Weltstaatlichkeit” und Menschenrechte nach dem Ende des überlieferten “Nationalstaates”, in Hauke Brunkhorst/Wolfgang R. Köhler/Matthias Lutz-Bachmann (Hrsg.), Recht auf Menschenrechte. Menschenrechte, Demokratie und internationale Politik, Frankfurt a.M., 1999, p. 215.
 12. O julgamento majoritariamente positivo sobre os resultados da Conferência não pode enganar acerca do fato de que a resolução é um conglomerado de vários princípios e medidas sem sistematização consequente. Uma repreensão é que a resolução foi superlotada e contém demasiadas encomendas, mas muito pouco claras. Seria muito difícil reconhecer as prioridades.
 13. Antônio Augusto Cançado Trindade, Direitos humanos: Declaração de Viena mantém caráter universal, in Políticas Governamentais, Brasília, 1993, n. 93.
 14. Resolução 48/121, de 20 de dezembro do ano de 1993, in Manfred Nowak (ed.), World Conference on Human Rights, Vienna, June 1993. The Contribution of ONG's. Reports and Documents, Wien, 1994, p. 191.
 15. José Ayala Lasso, Human Rights after the World Conference, in Manfred Nowak (Ed.). *Op. cit.*, p. 203.
 16. Ingrid Kirchner, Die Weltkonferenz für Menschenrechte – Fünf Jahre danach, in Gabriele von Arnim/Volkmar Deile/Franz-Josef Hutter/Sabine Kurtenbach/Carsten Tessmer (Hrsg.), Jahrbuch Menschenrechte 1999, Frankfurt a.M., 1998, p. 110.
 17. In Manfred Nowak (ed.). *Op. cit.*, pp. 175 – 188.
 18. Vide Gérard Fellous, La Commission nationale consultative des droits de l'homme. 1987-1988,

- in Les Droits de l'homme en Questions. Livre Blanc*, Paris, 1989, pp. 341 – 369.
19. Vide Julian Kokott, Indonesian National Commission on Human Rights: Two Years of Activities, *in* HRLJ (Human Rights Law Journal), Vol. 16, n. 10-12/1995, S. 420 – 421. Instrumentos importantes para a formação de uma cultura geral dos direitos humanos formam os institutos dos direitos humanos nas universidades e os grupos académicos de pesquisas (vide, p. ex., o Instituto Austríaco para Direitos Humanos' na Universidade de Salzburgo; Franz Matscher, Bericht über die 10 jährige Tätigkeit des Instituts, *in* ÖIMR-Newsletter 1997/3a, Sonderheft zum Festakt "10 Jahre Österreichisches Institut für Menschenrechte" (Salzburg, 2. Juli 1997), pp. 123 – 129).
 20. Vide Norberto Bobbio, Das Zeitalter der Menschenrechte ("A Era dos Direitos"). Ist Toleranz durchsetzbar?, Berlin, 1998, pp. 22 – 28.
 21. Vide Matthias Lutz-Bachmann, *op. cit.*, p. 215.
 21. Vide Rainer Tetzlaff, Demokratisierungshilfe statt Wahlinszenierung! Gesellschaftliche und institutionelle Voraussetzungen für Demokratisierung in den Ländern des Südens, *in* Betz Joachim/Brüne Stefan (Hrsg.), Jahrbuch der Dritten Welt 1998. Daten – Übersichten – Analysen, München 1997, pp. 38s.; Andreas Mehlen, Es gibt keine verfrühte Demokratie: Probleme des demokratischen Übergangs in Afrika, *in* Betz Joachim/Brüne Stefan (Hrsg.), Jahrbuch der Dritten Welt 1998. Daten – Übersichten – Analysen, München, 1997, pp. 47-62.
 23. Vide Tony Clarke, MAI – Der Vertrag der Herrschaft der Konzerne. Eine erste Analyse des Multilateralen Abkommens über Investitionen (MAI), das die globale Herrschaft der Konzerne zu konsolidieren versucht, Canadian Centre for Policy Alternatives (CCPA) 1997, sobre as consequências negativas do projeto, Multilateral Agreement on Investment' (MAI) de OECD.
 24. Ulrich Beck, Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne, Frankfurt a.M., 1986, pp. 305s.