ROGERIO TAIAR

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Uma discussão sobre a relativização da soberania face à efetivação da
proteção internacional dos direitos humanos

TESE DE DOUTORADO

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITOS HUMANOS

Orientadora: Professora Associada Dilma de Melo Silva

**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
SÃO PAULO**

2009

ROGERIO TAIAR

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Uma discussão sobre a relativização da soberania face à efetivação da
proteção internacional dos direitos humanos

Tese de doutorado apresentada à Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como requisito parcial à obtenção do Grau de Doutor em Direitos Humanos, sob a orientação da Professora Associada Dilma de Melo Silva.

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
SÃO PAULO
2009

Banca examinadora:

Professora Doutora Dilma de Melo Silva
(Orientadora)

Professor(a) Doutor(a)

Professor(a) Doutor(a)

Professor(a) Doutor(a)

Professor(a) Doutor(a)

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

São Paulo, ____ de _____ de 2009.

À memória de ALVARO TAIAR, meu pai,
com saudade e amor indescritíveis em
palavras.

AGRADECIMENTOS

À Professora DILMA DE MELO SILVA,
não somente pela orientação cuidadosa para
a elaboração desta tese, mas também pelo
carinho e amizade com que sempre pude
contar.

À LORICE AJAJ TAIAR, minha mãe, pelo
amor que diariamente me proporciona.

À ALVARO TAIAR JÚNIOR, meu irmão,
e acima de tudo, meu amigo.

À LARISSA MACHADO FRACALANZA
TAIAR, minha querida cunhada.

Aos Professores CELSO LAFER e IVES
GANDRA DA SILVA MARTINS,
exemplos de sucesso profissional,
simplicidade e integridade de caráter.

“Ainda que o respeito pela soberania e integridade do Estado seja uma questão central, é inegável que a antiga doutrina da soberania exclusiva e absoluta não mais se aplica e que esta soberania jamais foi absoluta, como era então concebida teoricamente. Uma das maiores exigências intelectuais de nosso tempo é a de repensar a questão da soberania (...). Enfatizar os direitos dos indivíduos e os direitos dos povos é uma dimensão da soberania universal, que reside em toda a humanidade e que permite aos povos um envolvimento legítimo em questões que afetam o mundo como um todo. É um movimento que, cada vez mais, encontra expressão na gradual expansão do Direito Internacional.”
(Boutros Boutros-Ghali, “Empowering the United Nations”. In: *Foreign Affairs*. v.89, 1992/1993, p. 98-99. Apud Louis Henkin (et al.), *International law: cases and materials*, 3ª. ed., Minnesota: West Publishing, 1993, p.18)

“A globalização levou os Estados a abrirem mão de uma parcela de sua soberania, não por escolha, mas por um imperativo de mudança.”
(Paulo Borba Casella, “Entrevista”, *Jornal do Advogado*, OAB-SP, Ano XXXIII, Abril de 2008, Número 327, p.13)

RESUMO

A presente tese tem como objeto de estudo o direito internacional dos direitos humanos, trazendo como proposição a apresentação de uma nova concepção sobre a soberania. A justificativa que levou à escolha do tema e desenvolvimento do texto afluou da verificação de diversas teorias emergentes na tentativa de melhor conceber o exercício contemporâneo da soberania estatal, diante da cada vez mais indispensável proteção dos direitos humanos no plano internacional. Esta constatação instigou o aprofundamento do assunto no sentido de contribuir para com o rompimento do dogma da soberania aliada à característica da supremacia, definição persistente que tem justificado a inefetividade do direito internacional dos direitos humanos. A pretensão foi buscar subsídios para a construção de um novo conceito de soberania estatal redesenhado a partir do paradigma da revitalização da soberania em decorrência da efetivação da proteção internacional dos direitos humanos. O texto demonstra que a tensão existente entre a efetivação concreta dos direitos humanos na esfera internacional e a suposta barreira da soberania estatal emerge da tentativa de se explicar institutos jurídicos novos com fundamentos principiológicos tradicionais que, se ao seu tempo tiveram seu valor, já não conseguem dar as respostas que as relações sociais contemporâneas, muito mais complexas, exigem. O desenvolvimento da investigação, desde seu início, norteia-se pela prévia acepção de que a soberania, fundada no princípio da igualdade soberana de todos seus membros, continua a ser identificada e exercida como poder supremo que qualifica determinado Estado diante dos demais. Entretanto, com a instituição do direito internacional dos direitos humanos, o ser humano adquiriu a condição de sujeito de direitos, não apenas nos limites territoriais de seu Estado, mas frente a toda a comunidade internacional, e, desse modo, os Estados não mais podem justificar a violação de direitos humanos em seu espaço interno sob o argumento do exercício da soberania. O indivíduo, enquanto sujeito de direitos no âmbito da ordem jurídica internacional, recebe a garantia de proteção do direito internacional público, que não conhece delimitação territorial. Nesse pensar, não se trata de uma limitação do poder soberano do Estado, mas da inserção da proteção dos direitos humanos como característica do conceito de soberania. O descortino do tema leva à constatação de que os conceitos de soberania e de direitos humanos não são antagônicos, antes disso, são fundamentos que se apresentam necessariamente interligados. Ao se enfatizar que o Estado é soberano e não há como admitir a perda de soberania sem a perda de sua identidade, ou seja, a destruição do próprio ente estatal, deseja-se inferir que a proteção da dignidade humana é função do Estado soberano traduzida no bem-estar de seus cidadãos. A violação de direitos humanos pelo Estado implica, desse modo, em afronta ao poder soberano, que não está acima da lei. É o direito internacional dos direitos humanos que assegura essas garantias fundamentais dos indivíduos. Ao final, o texto resultou estruturado em duas partes: a primeira trata do Estado soberano perante o direito internacional e dos fundamentos do processo de internacionalização dos direitos humanos; a segunda aborda o processo de internacionalização dos direitos humanos e enfrenta a questão da relativização da soberania face à efetivação da proteção internacional dos direitos humanos.

ABSTRACT

The purpose of this theses is the study of international law of human rights, proposing the presentation of a new conception of sovereignty. The justification that led to the choice of the subject and development of the text arose from the study of several theories originated from the attempt of better conceiving the contemporaneous exercise of the state sovereignty, in face of the increasingly indispensable protection to the human rights in the international sphere. This verification instigated the deepening of the subject as a contribution for the breaking of the sovereignty dogma allied to the characteristic of supremacy, a persistent definition which has justified the ineffectiveness of the international law of human rights. The intension was to seek subsidies to build a new concept of state sovereignty redrawn from the paradigm of sovereignty revitalization as result of the effectiveness of the international law of human rights protection. The text demonstrates that the tension existing between the concrete effectiveness of human rights in the international sphere and the presumed barrier of the state sovereignty arises from the attempt to explain new legal institutes grounded on traditional logical principles which, at their time were valuable, but can not supply the answers required by the much more complex contemporaneous social relations. The investigation development, from its beginning, is grounded on the previous acceptance that sovereignty, based on the sovereign equality principle of all its members, continuous to be identified and exercised as supreme power which qualifies a certain Estate before the others. However, with the institution of the international law of human rights, the human being has acquired the condition of subject of rights, not only in his Estate territorial limits, but before the whole international community, and thus, the Estates may not justify the violation of the human rights in their internal space, under the argument of the exercise of sovereignty. The individual, as subject of rights in the ambit of the international legal systems, receives the guarantee of protection of the public international law, which is not submitted to territorial delimitation. In the same point of view, it is not a matter of limitation of the Estate sovereign power, but of the insertion of human rights protection as characteristic of the sovereignty concept. The exposition of the theme leads to the verification that the sovereignty and human rights concepts are not antagonist on the contrary they are basis which present themselves necessarily interconnected. When we emphasize that the Estate is sovereign there is no way to admit the loss of sovereignty without the loss of its identity, that is, the destruction of the own state entity, we intend to infer the human dignity protection is the sovereign Estate function translated into their citizens welfare. The human rights violation by the Estate implies, therefore, in affront to the sovereign power, which is not above the law. It is the international law of human rights that ensures these individuals's fundamental guarantees. Finally, the text resulted structured in two parts: The first deals with the sovereign Estate before international law and the basis of the internationalization process of human rights; the second approaches the internationalization process of human rights and faces the issue of sovereignty relativity in face of the effectiveness of the international protection of the human rights.

SINTESI

La presente tesi ha come oggetto di studio il diritto internazionale dei diritti umani, portando come proposta la presentazione di una nuova concezione della sovranità. La giustificazione che porta allo studio del tema e allo sviluppo del testo nasce dalla verifica delle diverse teorie emergenti, nel tentativo di agevolare il contemporaneo esercizio della sovranità statale ancor prima della più indispensabile protezione dei diritti umani a livello internazionale. Questa constatazione stimola l'approfondimento del tema, con lo spirito di contribuire al superamento del dogma della sovranità collegata alla caratteristica di supremazia, definizione persistente che trova giustificazione nell'inefficacia del diritto internazionale dei diritti umani. L'obiettivo era di trovare le basi per la costruzione di un nuovo concetto di sovranità statale, rivisto a partire dal paradigma della rinascita della sovranità in base all'attuazione della protezione internazionale dei diritti umani. Il testo dimostra che, dal contrasto esistente fra l'attuazione concreta dei diritti umani nella sfera internazionale e la presupposta barriera della sovranità statale, emerge il tentativo di spiegare i nuovi istituti giuridici coi principi tradizionali che, se al loro tempo avevano valore, ora non sanno dare le risposte che le relazioni sociali contemporanee, molto più complesse, esigono. Lo sviluppo della ricerca, fin dall'inizio, si orienta con la previa accettazione che la sovranità, fondata nel principio dell'uguaglianza sovrana di tutti i suoi membri, continua ad essere identificata ed esercitata come un potere supremo che qualifica un determinato Stato, prima di tutto. Nel mentre, con l'istituzione del diritto internazionale dei diritti umani, l'essere umano acquisisce la condizione di soggetto dei diritti, non solo nei limiti territoriali del suo Stato ma anche davanti a tutta la comunità internazionale, gli Stati non possono più giustificare la violazione dei diritti umani nel loro spazio interno con l'argomentazione dell'esercizio della sovranità. L'individuo, in quanto soggetto di diritti nell'ambito dell'ordinamento giuridico internazionale, riceve la garanzia di protezione dal diritto pubblico internazionale, che non conosce delimitazione territoriale. In questo modo non si tratta di una limitazione del potere sovrano dello Stato ma dell'inserimento della protezione dei diritti umani come caratteristica del concetto di sovranità. Lo svolgimento della ricerca solleva la constatazione che i concetti di sovranità e di diritti umani non sono in conflitto, e prima di questo, sono dei fondamenti che si presentano necessariamente interdipendenti. Nell'enfatizzare che lo Stato è sovrano, che non può ammettere la perdita di sovranità senza la perdita della sua identità, ossia la distruzione della propria entità di Stato, si desidera concludere che la protezione della dignità umana è funzione dello Stato sovrano, tradotta nel benessere dei suoi cittadini. La violazione dei diritti umani da parte dello Stato implica, in questo modo, relativamente al potere sovrano, che lo Stato stesso non è al di sopra della legge. E' il diritto internazionale dei diritti umani che assicura queste garanzie fondamentali degli individui. In fine, la tesi risulta strutturata in due parti: la prima tratta dello Stato sovrano davanti al diritto internazionale e dei fondamenti del processo di internazionalizzazione dei diritti umani; la seconda riguarda il processo di internazionalizzazione dei diritti umani e affronta la questione della relatività della sovranità, espressione dell'attuazione della protezione internazionale dei diritti umani.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1 PROBLEMATIZAÇÃO E JUSTIFICATIVA DO TEMA	12
2 OBJETOS DE PESQUISA: ROL DE CONCEITOS	18
2.1 Direito internacional.....	19
2.2 Direitos humanos	24
2.3 Soberania	32

PARTE I

CAPÍTULO 1 - O ESTADO SOBERANO PERANTE O DIREITO INTERNACIONAL	36
1.1 FORMAÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE ESTADO SOBERANO	36
1.1.1 SÍNTESE HISTÓRICO-EVOLUTIVA DO ESTADO	37
1.1.1.1 Teorias sobre a origem do Estado	38
1.1.1.2 Características fundamentais do Estado na seqüência cronológica.....	40
1.1.2 ACEPÇÕES TEÓRICO-DOCTRINÁRIAS DE ESTADO	63
1.2 SOBERANIA.....	69
1.2.1 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DA SOBERANIA.....	69
1.2.2 A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE SOBERANIA CONTEMPORÂNEA	74
CAPÍTULO 2 FUNDAMENTOS DO PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....	131
2.1 DIREITOS HUMANOS NA ANTIGUIDADE	131
2.2 DIREITOS HUMANOS NA IDADE MÉDIA	149
2.3 DIREITOS HUMANOS NA IDADE MODERNA	156
2.4 DIREITOS HUMANOS NA IDADE CONTEMPORÂNEA.....	168

PARTE II

CAPÍTULO 1 – O PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....	192
1.1 CONCEITO ATUAL DE DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS.....	192
1.2 FUNDAMENTOS DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS.....	222

1.2.1 DIGNIDADE HUMANA COMO FUNDAMENTO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS	222
1.2.2 O INDIVÍDUO COMO SUJEITO DE DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS	238
CAPÍTULO 2 – A RELATIVIZAÇÃO DA SOBERANIA FACE À EFETIVAÇÃO DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS.....	252
2.1 DIREITOS HUMANOS: PASSAGEM DO DEVER DO SÚDITO PARA O DIREITO DO CIDADÃO	257
2.2 ANÁLISE DA SOBERANIA DOS ESTADOS FRENTE À INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	264
2.3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO CARACTERÍSTICA INERENTE AO CONCEITO DE SOBERANIA	283
CONSIDERAÇÕES FINAIS	302
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	309

INTRODUÇÃO

1 PROBLEMATIZAÇÃO E JUSTIFICATIVA DO TEMA

Trata-se, nessa pesquisa, do direito internacional dos direitos humanos, com o intuito de se promover uma discussão a respeito da relativização da soberania estatal face à efetivação da proteção internacional dos direitos humanos.

A abordagem específica da investigação volta-se à elaboração cognitiva sobre a relativização do conceito de soberania estatal, no propósito de melhor conceber seu exercício contemporâneo, diante da necessária proteção dos direitos humanos no plano internacional.

A pretensão é desenvolver o tema no sentido de que, ao se demonstrar que o Estado é obrigado a promover e a garantir os direitos humanos - e em não o fazendo, sofrerá as punições previstas no direito internacional dos direitos humanos - significa constatar que o Estado é detentor de um poder soberano relativo e não mais absoluto.

Defende-se que a soberania, fundada no princípio da igualdade soberana de todos seus membros (artigo 2º, item 1, da Carta das Nações Unidas¹) continua a ser identificada e exercida como poder supremo que qualifica determinado Estado diante dos demais. Entretanto, com a instituição do direito internacional dos direitos humanos, o indivíduo passou a adquirir a condição de sujeito de direitos, não apenas nos limites territoriais de seu Estado, mas frente a toda a comunidade internacional, e, desse modo, os Estados não mais podem justificar a violação de direitos humanos em seu espaço interno sob o argumento do exercício da soberania. O indivíduo, enquanto sujeito de direitos no âmbito da ordem jurídica internacional, recebe a garantia de proteção do direito internacional

¹ “Artigo 2º: a Organização e os seus membros, para a realização dos objetivos mencionados no artigo 1º, agirão de acordo com os seguintes princípios: 1. A Organização é baseada no princípio da igualdade soberana de todos os seus membros; [...]” (DIREITO INTERNACIONAL, Legislação. **Carta das Nações Unidas de 1945**. A Carta das Nações Unidas foi assinada em São Francisco, Califórnia, a 26 de Junho de 1945, após o encerramento da Conferência das Nações Unidas sobre Organização Internacional, entrando em vigor a 24 de outubro daquele mesmo ano. Disponível em: <<http://www.unesco.org.br/publicacoes/docinternacionais/1945-CartadasNacoesUnidas.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2008).

público, que não conhece delimitação territorial, isto é, em caso de violação de direitos humanos, existe a possibilidade de intervenção nos assuntos internos dos Estados, sem que isso signifique, necessariamente, eventual restrição do poder soberano.

Não se trata de uma limitação do poder soberano do Estado, mas da inserção, no conceito de soberania, da proteção dos direitos humanos. Nesse pensar, os conceitos de soberania e de direitos humanos não são antagônicos, antes disso, são fundamentos que se apresentam interligados. Enfatiza-se que o Estado é soberano e não há como admitir a perda de soberania sem a perda de sua identidade, ou seja, a destruição do próprio ente estatal. O que se defende é que a proteção da dignidade humana é função do Estado soberano traduzida no bem-estar de seus cidadãos. A violação de direitos humanos pelo Estado implica, desse modo, em afronta ao poder soberano, que não está acima da lei. É o direito internacional dos direitos humanos que assegura essas garantias fundamentais dos indivíduos. Nesse pensar, o direito internacional dos direitos humanos extrapola a ordem interna dos Estados e a ordem internacional das relações entre os Estados. Essas duas dimensões do Estado são regidas pelo conceito de soberania, definida como o poder de decidir, embora de última instância, conforme a lei. Os direitos humanos, positivados nas Constituições nacionais, transformaram-se em tema global (obrigação *erga omnes* - dever de solidariedade entre todos os Estados com a finalidade de garantir o mais rapidamente possível uma proteção universal dos direitos humanos): a proteção dos direitos é obrigação de todo Estado em sua relação com a comunidade internacional, sendo que cada Estado tem, internamente, o interesse jurídico de proteger os direitos humanos de seus cidadãos, uma faceta da exteriorização do poder soberano do Estado, instituído pelo povo².

Para localizar o tema no espaço jurídico, importa ressaltar que o conceito moderno de soberania, em sua construção histórica iniciada por volta do século XVI, assume formulações diversas, contudo não se desvincula do próprio conceito de Estado, por isso atualmente é entendido como um dos sustentáculos da percepção de Estado. Pode-se dizer, então, que “soberania” e “Estado” são conceitos correlatos de origem. Porém, do ponto de vista da época do surgimento do Estado, e conseqüentemente do conceito de soberania, não existe consenso entre os historiadores. São várias as teorias que tentam desvendar a época

² ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Soberania, cosmopolitismo e o direito internacional dos direitos humanos - DIDH**. In: *Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo*, Paper, 2004. Disponível em: http://www.nevusp.org/portugues/index.php?option=com_content&task=view&id=867&Itemid=96 >. Acesso em: 28 abr. 2008. p. 18.

em que o Estado tornou-se visível, podendo ser agrupadas em três posições: a teoria do Estado onipresente, que concebe o Estado como elemento universal na sociedade humana; a teoria da construção do Estado, segundo a qual a sociedade humana existiu sem o Estado durante certo período, sendo que, posteriormente, o Estado foi constituído para atender às necessidades ou às conveniências dos grupos sociais; e a teoria do Estado soberano que concebe o Estado como sociedade política dotada de certas características bem definidas, e, por conseguinte, só pôde ter origem a partir da idéia de soberania³, que aconteceu no século XVII⁴.

O assunto é controvertido e será esmiuçado durante o desenvolvimento da pesquisa, importando, para esse momento introdutório, a concepção de que as formulações modernas do conceito de soberania surgem por volta do século XVI, com o propósito de destacar o poder político do Estado, exteriorizado por meio do monopólio legislativo, voltado ao fortalecimento do poder coercitivo. A soberania significa, nesse momento histórico, a legitimidade do poder, revestindo-se, para tanto, de uma face interna, direcionada à manutenção da ordem social e de uma face externa, com o intuito de manter certa igualdade formal dos Estados reconhecidos como soberanos pelos outros Estados.

Nesse contexto, o exercício da soberania pelos Estados acontece em três dimensões: econômica, política e jurídica. A soberania econômica traduz-se na capacidade autônoma de cada Estado definir os instrumentos necessários à administração da sua atividade econômica; já a soberania política é tida como a permissibilidade de cada Estado decidir sobre o regime político interno e a faculdade de participar como membro autônomo e legítimo frente aos demais Estados; por fim, a soberania jurídica, além de conferir legitimidade internacional, concede capacidade jurídica para firmarem tratados e acordos internacionais, que servirão de parâmetros à criação de regras de convivência entre os diferentes Estados, sem que tais celebrações impliquem afronta à soberania jurídica e à soberania política.

³ De acordo com Paulo Bonavides, o assunto “soberania” foi tratado pela primeira vez, no âmbito teórico, pelo publicista francês Jean Bodin (1530-1596) na obra “os seis livros da república” (*les six livres de la république*), editado em 1576. Jean Bodin concebeu que a soberania é um elemento essencial do conceito de Estado, enfatizando que não pode haver Estado sem soberania (BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 125).

⁴ Adeptos dessa tese: o jurista, cientista político e professor de direito alemão Carl Schmitt (1888-1985), para quem o conceito de Estado não é um conceito geral válido para todos os tempos, mas é um conceito histórico concreto; Giorgio Balladore Pallieri (1905-1980), professor de direito internacional italiano, indica, inclusive, o ano do nascimento do Estado: “a data oficial em que o mundo ocidental se apresenta organizado em Estados é a de 1648, ano em que foi assinada a paz de Westfália” (DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 44).

Diante da amplitude do tema, optou-se por delimitar o estudo à demonstração da relativização do conceito de soberania na contemporaneidade, em razão da função da soberania ser a de garantir e fomentar a coesão social e espiritual dos povos, enfim, o bem-estar dos cidadãos, que se traduz na garantia dos direitos humanos⁵.

Uma das principais questões envolvendo o conceito contemporâneo de soberania está justamente na busca e manutenção do equilíbrio na construção de uma ordem internacional legítima, capaz de respeitar o exercício da soberania de cada Estado, e, ao mesmo tempo, criar mecanismos regulatórios das suas relações, sem colocar em cheque a soberania dos Estados-membros⁶.

O Papa Bento XVI, em discurso na sede das Nações Unidas, afirmou que os países têm obrigação de proteger seus cidadãos de abusos de direitos humanos. Nas suas palavras, “o Estado tem a obrigação primordial de proteger a sua própria população de graves e continuadas violações de direitos humanos”, sendo que “se os Estados não forem capazes de garantir tal proteção, a comunidade internacional precisa intervir com os meios jurídicos garantidos pela Carta das Nações Unidas.”⁷

A partir dessas colocações, a discussão se torna mais nítida, podendo ser expressa em duas teorias:

a) da relativização legitimada da soberania em decorrência da intervenção na jurisdição doméstica dos Estados quando se tratar de garantia da proteção dos direitos humanos. Esta primeira vertente interpretativa está no sentido da consideração, pela sociedade internacional, da legitimidade do desrespeito ou flexibilização da soberania estatal quando a finalidade é garantir a proteção dos direitos humanos. Desse modo, a necessidade da intervenção humanitária relativizaria os predicados internacionais de soberania e autodeterminação atribuídos ao Estado, mas seria um procedimento legítimo

⁵ FERNANDES, Luciana de Medeiros. **Soberania & processo de integração**: o novo conceito de soberania em face da globalização (uma abordagem especial quanto às realidades de integração regional). 2. ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2007. p. 304.

⁶ MIRANDA, Napoleão. **Globalização, soberania nacional e direito internacional**. In: *Revista CEJ* - Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal -, Brasília, nº 27, p. 86-94, out./dez. 2004. p. 88.

⁷ NOTÍCIAS NOMINUTO. **Papa diz à ONU que países devem intervir por direitos humanos**. In: *BBC Brasil*, de 18 de abril de 2008. Disponível em: <http://www.nominuto.com/mundo/papa_diz_a_onu_que_paises_devem_intervir_por_direitos_humanos/18640/>. Acesso em: 29 abr. 2008.

diante da outra face da situação, constituída pela necessária garantia internacional dos direitos humanos; e

b) da revitalização da soberania em decorrência da efetivação da proteção internacional dos direitos humanos. Esta segunda discussão direciona-se à concepção da complementariedade da soberania estatal pelo direito internacional dos direitos humanos, isto é, o sistema de proteção internacional dos direitos humanos não ameaçaria a soberania nacional dos Estados, eis que o caráter protetivo seria complementar e subsidiário: primeiramente é reconhecido aos Estados o poder-dever soberano de efetivar a proteção dos direitos humanos de seus cidadãos, e apenas depois, na hipótese de o Estado não cuidar devidamente da proteção dos direitos humanos é que o sistema internacional humanitário entraria em ação para atender e efetivar a proteção internacional desses direitos.

Em suma, quando um Estado ratifica um tratado de proteção dos direitos humanos, não diminui ele sua soberania (entendida agora em sua concepção contemporânea), mas, ao contrário, pratica um verdadeiro ato soberano, e o faz de acordo com a sua Constituição [e com os princípios e normas que regem o direito internacional contemporâneo]⁸.

São essas questões que nortearão a pesquisa, tendo em vista que as intervenções humanitárias, ainda que direcionadas à garantia da própria sobrevivência humana, estão longe de alcançar o consenso internacional necessário à efetiva proteção dos direitos humanos, situação que justifica as discussões propostas. Trata-se de uma temática cuja abordagem exige profusão e desvelo, haja vista a relevância que enseja, não apenas de cunho científico-doutrinário, mas, sobretudo, em termos de validade e eficácia das recentes concepções ou das reformulações de conceitos já delimitados. É neste contexto que se defende o entendimento de que o conceito de soberania extrapola os limites internos e se submete à necessária conscientização dos governantes de que para todos, indistintamente, deve-se garantir o direito da “dignidade da pessoa humana” em toda sua magnitude.

E é por meio de estudos, análises e comprovações científicas sobre a realidade atual e o desenvolvimento histórico da humanidade, principalmente na esfera jurídica, que as novas gerações poderão perceber, com olhar límpido, que o direito pode e deve ser fundado, desenvolvido e feito realidade como regra de ordenação social, de um modo muito diferente do que até agora se praticou. É desta geração que poderá brotar,

⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos**: dois fundamentos irreconciliáveis. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, nº 52, ano 13, p. 327-338. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set., 2005. p. 335.

principalmente, uma atitude crítica do direito que se objetiva e uma vontade para depurá-lo, ou, ainda, para substituí-lo, em benefício de toda a sociedade⁹.

Para tanto, serão indicados, nesta pesquisa, os direitos fundamentais do ser humano, previstos tanto na Carta das Nações Unidas, quanto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, fazendo-se a necessária abordagem crítica das práticas existentes na atualidade que tem vilipendiado grande parte destes direitos consagrados por todos os povos. Neste sentido, ainda direciona-se a visão para a questão da proteção das minorias, dos direitos de igualdade e de liberdade e da condição do indivíduo como sujeito autônomo de direito internacional.

Com o passar do tempo, os direitos humanos tornam-se cada vez mais universais, na medida em que são adotados em tratados firmados por vários países. Têm-se incorporado ao direito interno dos Estados signatários que, assim, sentem-se na obrigação de respeitá-los, diante da comunidade internacional. No entanto, neste cenário eclode a globalização econômica que, sem obedecer a qualquer parâmetro ético ou jurídico, contribui não só para enfraquecer os mesmos Estados signatários dos tratados sobre direitos humanos, como também para agravar as desigualdades sociais, mantendo a riqueza mal distribuída. Essa globalização sem freios protetores dos direitos humanos que coloca o lucro como valor supremo, sem se preocupar com as conseqüências, é entendida pelos pensadores e políticos como outra forma de dominação, de colonização dos Estados fortes sobre os fracos.

Os estudiosos dos direitos fundamentais e de sua tutela internacional manifestam a esperança, com fundamento no sentimento de solidariedade, de que haja uma globalização positiva dos direitos fundamentais cuja meta é a sua transformação em realidade. Portanto, a questão da proteção internacional dos direitos humanos leva à questão da intervenção de outros países ou de organismos internacionais em Estados soberanos quando há a sua violação clara e sistemática. Deste pensar emerge a necessidade de se abordar os principais

⁹ “Mudou o mundo, mudaram as instituições políticas. Em conseqüência dos processos de integração o conceito de soberania sofreu um eclipse, apresentando uma roupagem nova. Entre nós, considerando o processo de integração, se faz mister que os estudos sobre o tema, sejam atualizados, para que as novas gerações tenham uma idéia precisa do quadro institucional sem que irão conviver no futuro” (*sic*) (NÓBREGA, Francisco Adalberto. **A natureza da soberania em tempos de MERCOSUL**. In: *Revista da Procuradoria Geral do INSS*, v. 7, nº 1, publicação trimestral, p. 81-3. Brasília, MPAS/INSS, jul. 2000. p. 83).

aspectos envolvendo o conceito de soberania face à efetivação da proteção internacional dos direitos humanos.

Buscando-se o conceito contemporâneo de soberania, tem-se que tal instituto jurídico envolve ainda a materialização do cumprimento de cláusulas que fazem repercutir na ordem interna as decisões tomadas pelas partes. Acontece que a evolução do conceito de soberania e de autonomia do próprio Estado, bem como o relacionamento entre eles, e o interesse na colaboração internacional, desgastou os poderes tradicionais do Estado soberano, forçando a elaboração de um conceito contemporâneo de soberania.

Espera-se que este estudo sirva de base para o desenvolvimento de outros também direcionados para a educação dos povos. Somente através de um debate aberto e livre, será possível alcançar um consenso verdadeiro sobre propostas sérias e viáveis para o bem-estar da humanidade.

Para melhor desenvolver a temática proposta, voltada à construção de conhecimentos sobre o conceito de soberania face à efetivação do direito internacional dos direitos humanos, importa apresentar, mesmo que de forma breve, as acepções gerais sobre os institutos envolvidos, com o intuito de localizar no tempo e no espaço jurídicos a temática investigada.

A compreensão do que se pretende apresentar nesta investigação exige o entendimento prévio dos principais objetos de estudo: direito internacional, direitos humanos e soberania.

2 OBJETOS DE PESQUISA: ROL DE CONCEITOS

Essa opção pela apresentação do *rol* de conceitos dos principais objetos que serão investigados, decorre da concepção de que sempre que se tenha à pretensão de estudar determinado tema, este deve ser precedido, dentro do possível, de uma mínima definição.

Definir um fenômeno consiste na atividade intelectual de apreender e desvelar seus elementos componentes e o nexó lógico que os mantém integrados.

Definição é, pois, a declaração da estrutura essencial de determinado fenômeno, com seus integrantes e o vínculo que os preserva unidos¹⁰.

É com base nessa acepção que se passa a apresentar, embora sem discussões doutrinárias nesse momento, os conceitos de direito internacional, direitos humanos e soberania, importantes para o entendimento da linha de pesquisa abordada no desenvolvimento desta tese.

2.1 DIREITO INTERNACIONAL

O termo “direito” decorrente da expressão latina *directus* (o que é reto) corresponde a uma idéia composta, cujo conteúdo, de caráter eminentemente complexo, só pode ser caracterizado se desdobrado em suas facetas subjetiva, objetiva e teórica. O direito subjetivo tem o sentido formal de faculdade ou poder pessoal de agir ou não de determinada maneira. Em sentido objetivo, eficiente ou causal, o direito corresponde à noção de norma que concede a aludida faculdade ou do conjunto de regras que regulam o seu exercício. Ainda objetivamente, agora num sentido material, chama-se “direito” ao que é justo, ao que é devido ao sujeito da faculdade de exigir alguma coisa, ou, mesmo, ao próprio bem jurídico sobre o qual se exerce aquela faculdade. Por fim, o direito teórico é assim chamado quando corresponde à expressão “ciência jurídica”. Portanto, o termo “direito” tanto serve para designar a disciplina como o seu próprio objeto¹¹.

Ressalte-se que o direito, enquanto ordenamento jurídico da sociedade organizada, embora seja uma manifestação consciente da própria vontade humana, fundamenta-se em princípios básicos que se estratificam através dos séculos, a despeito das contingências e vicissitudes de cada momento histórico. Em sua permanente e quase sempre penosa evolução, o direito representa, sempre, a procura de uma ordem estável, de um equilíbrio

¹⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTR, 2007. p. 49.

¹¹ BARSA, Enciclopédia. **Direito**. V. 5. São Paulo/Rio de Janeiro: *Enciclopaedia Britannica Editores, Ltda.*, 1969a. p. 185.

ideal no entrechoque dos interesses individuais em conflito e na harmonização destes com as conveniências coletivas do grupo¹².

A palavra “direito” é comumente utilizada para indicar, especificamente, o ordenamento jurídico vigente em determinado lugar ou época. Em termos gerais, trata-se de um complexo normativo válido em cada país e assegurado pelo respectivo poder público organizado que o impõe a todos os indivíduos como condição necessária à própria convivência em sociedade. Classifica-se em direito privado e direito público¹³.

O direito privado é o ramo do direito positivo que reúne normas destinadas a reger as relações entre indivíduos do mesmo país e destes com o Estado, para garantir as atividades e os interesses de cada um. O direito privado compreende, então, as relações de coordenação entre sujeitos de igual força jurídica, envolvendo as condições para a realização de fins próprios pessoais, individuais ou coletivos, de intensidade insuficiente para a sua publicização.

Por sua vez, o direito público é o ramo do direito positivo que regula e organiza o poder estatal e a ordem política, o funcionamento, as relações e interesses do Estado entre seus agentes e a coletividade. Compreende o direito público, as relações entre sujeitos dotados de *imperium* (Estado) e entre estes e seus súditos (cidadãos), termos de desigual valor jurídico, envolvendo as condições para a realização de fins comuns, impessoais, relativos a interesses de certo grau de intensidade.

A discussão em torno do direito internacional dos direitos humanos, face à soberania estatal, implica na consideração prévia de alguns aspectos referentes ao direito interno e ao direito internacional.

Embora as condições ocorrentes na ordem interna não são repetidas na ordem internacional, as relações entre os Estados, ou entre estes e nacionais de outros Estados, ou, ainda, entre nacionais de Estados distintos, se processam segundo princípios e regras universalmente assentes e, em geral, obedecidos. É esse conjunto de princípios e regras que são o objeto de estudo do direito internacional, que pode ser “privado”, quando se tratar da aplicação a particulares, sujeitos a um determinado Estado, de normas emanadas de um

¹² *Idem, ibidem*, p. 185.

¹³ *Ibid*, p.187.

outro Estado; e “público”, quando se referir a direitos e deveres dos próprios Estados soberanos em suas relações entre si como também com as organizações internacionais.

Na definição de Amílcar de Castro, “o direito internacional privado determina qual, dentre as legislações de direito privado contemporaneamente existentes, deve ser aplicada a um dado estado de coisas, constituindo assim o complexo de normas que regulam essa aplicação”¹⁴. Já para Deocleciano Torrieri Guimarães, “o direito internacional privado é o conjunto de normas que regulam as relações entre os países, para a solução dos conflitos e leis, proteção de pessoas, direitos e interesses particulares de seus nacionais”¹⁵. Nas acepções de Walter Beat Rechsteiner, direito internacional privado é representado por um conjunto normativo que define qual o direito a ser aplicado a uma relação jurídica com conexão internacional, não resolvendo propriamente a questão jurídica, apenas indicando o direito aplicável¹⁶. O direito internacional privado não constitui, propriamente, uma divisão do direito privado. Trata-se de um “conjunto de princípios para a determinação da lei aplicável às relações jurídicas privadas entre pessoas sujeitas a ordenamentos nacionais diferentes, bem como para o exame da validade de atos praticados em países estrangeiros”¹⁷.

O direito internacional público, por sua vez, é a disciplina jurídica que estuda o complexo normativo das relações de direito público externo. De acordo com José Monsserrat Filho:

O direito internacional público regula as relações internacionais, ou seja, as relações entre os Estados, - os principais atores da vida mundial, - as nações em luta pela independência política e as organizações internacionais, cada vez mais importantes e numerosas¹⁸.

O referido autor não inclui os “indivíduos” como sujeito de direitos e obrigações internacionais, explicando que:

Diversos autores consideram o ser humano e as empresas multinacionais como sujeitos de direito internacional. Nós, em contraposição, entendemos que tanto os indivíduos como as multinacionais estão, normalmente, subordinados à jurisdição de um país, onde são, pela ordem, pessoas físicas e jurídicas. Toda a atividade internacional dos seres humanos e das multinacionais é mediatizada por um Estado, que por eles responde perante os outros Estados. Os indivíduos e

¹⁴ CASTRO, Amílcar de. **Direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 96.

¹⁵ GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. São Paulo: Rideel, 1999. p. 268.

¹⁶ RECHSTEINER, Walter Beat. **Direito internacional privado: teoria e prática**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 3.

¹⁷ BARSA, Enciclopédia. 1969a. *Op. cit.*, p. 188.

¹⁸ MONSSERRAT FILHO, José. **O que é direito internacional**. São Paulo: Brasiliense, 1986. p. 18-9.

as multinacionais não têm atuação autônoma na arena mundial. Logo, não podem ser sujeitos nessa área¹⁹.

Diferente é a opinião de Hildebrando Accioly e Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva, que definem o direito internacional público como o conjunto de normas jurídicas [regras e princípios], destinadas a reger os direitos e deveres internacionais tanto dos Estados e de certos organismos interestatais, quanto dos indivíduos. Nas suas palavras “o direito internacional público é o conjunto de normas jurídicas que regulam as relações mútuas dos Estados e, subsidiariamente, das demais pessoas internacionais, como determinadas organizações intergovernamentais e dos indivíduos”. Ressalte-se que embora no passado o indivíduo fosse considerado sujeito de direitos e obrigações internacionais apenas em raras situações específicas, atualmente, o reconhecimento dos direitos internacionais do ser humano já não pode ser contestado²⁰.

Também chamado de “direito das gentes”, “direito externo”, ou simplesmente “direito internacional”, esta última adotada para este estudo, é importante a informação de que a expressão “direito internacional” (*international law*) foi idealizada por Jeremias Bentham, em 1780, com o sentido de oposição a *national law* e a *municipal law*. Traduzida para o francês e demais línguas latinas como “direito internacional”, a expressão tem sido criticada, visto que para elas a palavra “nação” não tem o mesmo significado de “Estado”, como em inglês. Para alguns juristas²¹ o mais correto seria falar em direito interestatal, mas atualmente a expressão se acha consagrada, e modificá-la, segundo Hildebrando Accioly e Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva, “já não se justifica”²². A palavra “público” foi acrescentada a fim de distinguir a matéria do direito internacional privado (*conflict of laws* dos países de língua inglesa), embora o qualificativo seja dispensável, ou seja, quando se fala em “direito internacional” está a se falar em “direito internacional público”. Alguns autores preferem a expressão “direito de gentes” ou *jus inter gentes* (*law of nations* ou *volkerrecht*), utilizada por Richard Zouch em 1650. Esta expressão tem, contudo, o inconveniente de criar confusão com o direito das gentes do direito romano, cujo objetivo era outro. É, porém, utilizada com frequência como sinônimo de direito internacional, com

¹⁹ MONSSERRAT FILHO, José. *Op. cit.*, p. 22-3.

²⁰ ACCIOLY, Hildebrando. SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. **Manual de direito internacional público**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 1.

²¹ O direito internacional é um “conjunto de normas positivas, costumes, princípios, tratados internacionais e outros elementos jurídicos que tenham por objetivo regular o relacionamento entre países [...] ao se falar em internacional, não se pode mais considerar a origem etimológica do termo, mas se trata do relacionamento entre Estados soberanos e não mais entre Nações” (Sebastião José Roque *apud* HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: LTr, 1998. p. 17-8).

²² Clóvis Beviláqua *apud* ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Op. cit.*, p. 3.

a vantagem de evitar confusão com o direito internacional privado. Outras expressões têm sido sugeridas como “direito público internacional”, com o objetivo de salientar o primado do direito público sobre o privado, opção de Clóvis Beviláqua²³.

Desse modo, o direito interno de cada país regula a vida interna do Estado, enquanto o direito internacional rege as relações internacionais dos atores internacionais: Estados, organismos internacionais, empresas transnacionais e o ser humano. Na constatação do Carlos Roberto Husek, a Carta das Nações Unidas de 1945 é considerada o primeiro documento de direito internacional. Em análise ao texto da referida Carta da Organização das Nações Unidas - ONU, especificamente no artigo 2º, item 7, evidencia-se a delimitação da atuação do direito internacional, dizendo que esse direito não se intromete em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição de cada Estado. No texto do citado item 7, extrai-se que:

Artigo 2º: [...]. 7. Nenhum dispositivo da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervirem em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição de qualquer Estado ou obrigará os Membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta; este princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas constantes do Capítulo VII.

Como se vê, a própria Carta das Nações Unidas prevê exceções quando há ameaça à paz. Trata-se do disposto no Capítulo VII, artigos 39 a 51, que versa sobre a ação relativa a ameaças à paz, ruptura da paz e atos de agressão.

Importa considerar que não existe claramente a distinção entre o direito interno e o internacional. Quando há conflito, a solução é buscada nas teorias do monismo ou dualismo. Esta admite uma divisão radical entre a ordem interna e a ordem internacional pondo-as em patamares equivalentes, incomunicáveis. Isto significa dizer que o direito interno é a vontade soberana do Estado e o direito internacional está na acomodação dessas vontades. A ordem interna obedece a um comando de subordinação enquanto que a ordem internacional é de coordenação. Esta teoria entende que a ordem internacional somente pode ser aplicada no direito interno quando transformada em lei. Daí porque, nesta teoria, não há conflito, pois prevalece sempre a ordem interna. Conforme Carlos Roberto Husek:

O monismo sustenta que o direito internacional e o direito interno são dois ramos de um único sistema. Uns defendem o primeiro e outros o segundo. Se uma norma de direito interno for de encontro ao direito internacional, será aquela nula (Hans Kelsen), ou constitui o Estado em infração [...]. Há os que entendem que o

²³ ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Op. cit.*, p. 3.

direito interno deve prevalecer sempre, porque o direito das gentes é parte do direito do Estado, uma consequência de suas leis²⁴.

Portanto, admitindo-se a sociedade internacional, a normatização que a compõe ou regula é o direito internacional (*ubi societas, ubi jus* - onde há sociedade há direito, ou seja, não existe sociedade sem direito). O direito internacional não se confunde com o direito dos diversos Estados. Então, direito internacional é o ramo do direito chamado a regular as relações entre Estados soberanos ou organismos assimilados e os direitos humanos.

O direito internacional, desse modo, é o conjunto de princípios, teorias e regras que inspiram e orientam a elaboração de normas internacionais destinadas a reger os direitos e deveres dos Estados e outros organismos análogos, bem como os indivíduos. Regulam desse modo, as relações externas dos sujeitos de direito internacional, dentre eles a pessoa humana.

2.2 DIREITOS HUMANOS

O tema “direitos humanos” abraça questionamentos relevantes, constantemente desafiados pelos estudiosos da matéria. A questão terminológica resulta essencial, pois é possível de se encontrar, por exemplo, em um mesmo texto legislativo, o emprego de termos diversos para denominar uma mesma realidade. Conforme a verificação de André Ramos Tavares, no caso dos direitos humanos, são utilizadas, indistintamente, as seguintes expressões: “direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem”, dentre outras. Porém, adverte que “muitas dessas expressões apresentam significados não coincidentes, e por isso está a merecer uma abordagem mais técnica a questão da designação desse conjunto de direitos mundialmente reconhecidos”²⁵.

Nas palavras de Ignacio Ara Pinilla:

[...] la propia ambigüedad terminológica a la hora de buscar su denominación más adecuada (derechos del hombre, derechos innatos, derechos fundamentales,

²⁴ HUSEK, Carlos Roberto. *Op. cit.*, p. 25.

²⁵ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 352.

*libertades públicas, derechos fundamentales de la persona humana) contribuye, en muy amplia medida, a acrecentar la referida indeterminación*²⁶.

Prossegue explicando que *no parece, en efecto, que pueda existir un critério unânime entre los teóricos a ja hora de decidirse por una u otra expresión*, porém, esclarece que *en general, nos parece aceptable la idea de Enrique P. Haba [...] en el sentido de distinguir el campo de la facticidad (libertades individuales), el de la normatividad (derechos fundamentales) y el del valor (derechos humanos)*²⁷.

Ao apresentar alguns conceitos básicos, Selma Regina Aragão pontua que “a noção de direitos do homem aponta para as relações jurídicas concernentes ao homem enquanto ser social”, ou seja, “direitos que nascem com a pessoa humana, portanto subjetivos, a ela inerentes em função de sua racionalidade e que fazem parte de toda a sua existência”. Informa ainda que “através dos tempos, das filosofias e das sociedades, os direitos do homem têm apresentado denominações tais como: direitos naturais, direitos inatos ou originários, direitos individuais, direitos do homem e do cidadão, direitos fundamentais ou essenciais do homem”²⁸. Mais adiante a citada autora define cada uma das expressões que cita, nos termos a seguir apresentados:

a) direitos naturais: os princípios dos direitos naturais são revelados em função da natureza humana, suas necessidades e aspirações. Trata-se, destarte, de espécie diferente do direito positivo, que é o direito tal como se manifesta no costume, nas leis, nas decisões judiciárias;

b) direitos inatos ou originários: os direitos inatos são aqueles que nascem com o ser humano e não necessitam de nenhuma outra condição para sua existência. Esses direitos se contrapõem aos direitos adquiridos ou derivados, que necessitam de um caráter positivo. De acordo com Selma Regina Aragão “esta terminologia não é muito empregada atualmente”²⁹;

c) direitos individuais: esta expressão tem um sentido demasiado estreito, mais limitado que o dos antigos direitos naturais e o dos que hoje são chamados de direitos

²⁶ PINILLA, Ignacio Ara. *Las transformaciones de los derechos humanos*. Madrid: Tecnos, 1994. p. 30.

²⁷ *Idem, ibidem*, p. 30 e nota 16.

²⁸ ARAGÃO, Selma Regina. **Direitos humanos**: do mundo antigo ao Brasil de todos. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 2.

²⁹ *Idem, ibidem*, p. 2.

humanos. Como o ser humano é um ser sociável por natureza, todos os direitos, na realidade, são sociais, uma vez que individuais. Assim:

[...] colocamo-nos diante de dois grupos que passaram a se tornar clássicos: direitos individuais do ser humano e direitos sociais, econômicos e culturais do ser humano, estes concernentes às conquistas da legislação social. O Estado, em função deles, tem a obrigação de estabelecer uma ordem jurídica na qual possa o indivíduo usufruir e exercer os direitos plenamente assegurados³⁰.

d) direitos do homem e do cidadão: esta expressão conduz ao momento histórico em que ocorre a defesa dos direitos do ser humano, considerado individualmente e como cidadão, frente ao poder do Estado. Esta designação é “ampliada para direitos do homem, do cidadão e do trabalhador por Felice Bataglia, levando em conta o papel determinante dos direitos sociais no mercado do trabalho”³¹;

e) direitos fundamentais ou direitos essenciais do ser humano: são definidos como “fundamentais” porque servem de fundamento a outros direitos derivados ou subordinados a eles, sendo garantidos ao indivíduo pela Constituição, que é a lei fundamental do Estado. Também são considerados essenciais quando são permanentes e invariáveis, inerentes a todos os seres humanos; e

f) no direito privado, o reflexo da teoria dos direitos fundamentais está expresso nos chamados “direitos da personalidade”, que protegem os aspectos essenciais da pessoa humana³².

Tomando a dimensão analítica que só admite uma interpretação, importa para este estudo a apresentação de eventuais diferenciações conceituais entre direitos humanos e direitos fundamentais. Fábio Konder Comparato informa que:

A doutrina jurídica germânica faz a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais (*grundrechte*). Estes últimos são os direitos humanos reconhecidos como tais pelas autoridades às quais se atribui o poder de editar normas, seja no interior dos Estados ou no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais. Segundo outra terminologia, fala-se em direitos fundamentais típicos e atípicos, sendo estes os direitos humanos ainda não declarados em textos normativos³³.

Em continuidade à discussão sobre a distinção de direitos humanos e direitos fundamentais, José Joaquim Gomes Canotilho concebe que:

³⁰ ARAGÃO, Selma Regina. *Op. cit.*, p. 3.

³¹ Felice Bataglia *apud* ARAGÃO, Selma Regina. *Op. cit.*, p. 3.

³² ARAGÃO, Selma Regina. *Op. cit.*, p. 3.

³³ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 56.

As expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais” são, freqüentemente, utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos humanos são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista), direitos fundamentais são os direitos humanos, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos humanos arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta³⁴.

Para Ingo Wolfgang Sarlet, a expressão “direitos fundamentais” tem contornos mais específicos:

[...] o termo direitos humanos se revelou conceito de contornos mais amplos e imprecisos que a noção de direitos fundamentais, de tal sorte que estes possuem sentido mais preciso e restrito, na medida em que constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito³⁵.

Essas idéias terminológicas indicam as dificuldades em se formular um conceito preciso de “direitos humanos”. A doutrina tem tentado, construindo inúmeros e diferenciados conceitos. Por exemplo, Pérez Luno considera os “direitos fundamentais do ser humano” como um conjunto de faculdades e instituições que concretizam, em cada momento histórico, as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, que deverão ser reconhecidas e positivadas pelos ordenamentos jurídicos nacional e internacional³⁶.

Por sua vez, José Castan Tobenas define “direitos humanos” como aqueles “direitos fundamentais da pessoa humana” em razão de sua própria natureza (de essência ao mesmo tempo corpórea, espiritual e social) e que devem ser reconhecidos e respeitados por todo poder e autoridade, inclusive as normas jurídicas positivas, cedendo, não obstante, em seu exercício, ante as exigências do bem comum, considerando a “pessoa humana” em sua acepção ampla, ou seja, tanto em seu aspecto individual como comunitário³⁷.

Já a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura - UNESCO, fundada em 16 de novembro de 1945, ao definir, em termos gerais, os “direitos

³⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 391 (grifos do autor).

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1989. p. 32.

³⁶ Pérez Luno *apud* MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral (comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil - doutrina e jurisprudência**. Coleção Temas Jurídicos, v. 3, 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 40.

³⁷ José Castan Tobenas *apud* MORAES, Alexandre de. 1998. *Op. cit.*, p. 40.

humanos fundamentais”, aqui na interpretação de Alexandre de Moraes, os considera, de um lado como uma “proteção de maneira institucional dos direitos da pessoa humana contra os excessos do poder cometidos pelos órgãos do Estado”, e de outro, como “regras para se estabelecer condições humanas de vida e desenvolvimento da personalidade humana³⁸”.

A doutrina reconhece as dificuldades em se definir direitos humanos, sob o argumento de que “qualquer tentativa pode significar resultado insatisfatório e não traduzir para o leitor, à exatidão, a especificidade de conteúdo e a abrangência”³⁹. Até porque, como pontua José Afonso da Silva:

A ampliação e transformação dos direitos fundamentais do ser humano no envolver histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso. Aumenta essa dificuldade à circunstância de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do ser humano⁴⁰.

Concluindo, o citado autor, que a expressão “direitos fundamentais do homem” é:

[...] mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo “fundamentais” acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais “do homem” no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do “homem”, não como o macho da espécie, mas no sentido de “pessoa humana”. “Direitos fundamentais do homem” significa “direitos fundamentais da pessoa humana” ou “direitos fundamentais”⁴¹.

Na opinião de Dalmo de Abreu Dallari:

A expressão “direitos humanos” é uma forma abreviada de mencionar os direitos fundamentais da pessoa humana. Esses direitos são considerados fundamentais porque sem eles a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida. Todos os seres humanos devem ter asseguradas, desde o nascimento, as mínimas condições necessárias para se tornarem úteis à humanidade, como também devem ter a possibilidade de receber os benefícios que a vida em sociedade pode proporcionar. Esse conjunto de condições e de possibilidades associa as características naturais dos seres humanos, a capacidade natural de cada pessoa pode valer-se como resultado da

³⁸ MORAES, Alexandre de. *Op. cit.*, 1998. p. 39-40.

³⁹ Opinião de Tupinambá Nascimento aderida por Alexandre de Moraes (MORAES, Alexandre de. 1998. *Op. cit.*, p. 40).

⁴⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 179.

⁴¹ *Idem, ibidem*, p. 182 (grifos do autor).

organização social. É a esse conjunto que se dá o nome de “direitos humanos”. Para entendermos com facilidade o que significam direitos humanos, basta dizer que tais direitos correspondem a necessidades essenciais da pessoa humana. Trata-se daquelas necessidades que são iguais para todos os seres humanos e que devem ser atendidas para que a pessoa possa viver com a dignidade que deve ser assegurada a todas as pessoas⁴².

Para Fábio Luis dos Santos Silva:

Os direitos humanos fundamentais visam ao pleno desenvolvimento da personalidade do ser humano, mediante a garantia, entre outras, do respeito ao direito à vida, à liberdade, à igualdade e à dignidade. Eles prescrevem não ingerência do estado na esfera individual, e consagrando a dignidade humana. Sua proteção deve ser reconhecida positivamente pelos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais. Portanto, devermos entender direito humanos como os direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais assentados nas práticas de integralidade, universalidade e interdependência e passíveis de exigibilidade política e jurídica, tendo em vista a afirmação da dignidade da pessoa humana, e ao mesmo tempo a construção de uma nova cidadania, entendida como a luta para incorporar à vida pública todos os seres humanos⁴³.

Neste estudo, adota-se o uso da expressão “direitos humanos”, com o intuito de acompanhar a terminologia empregada pela maior parte da doutrina levantada para fundamentar a investigação e por ser a expressão preferida pelos documentos internacionais, contudo, reconhece-se que as expressões “direitos humanos fundamentais” e “direitos fundamentais” têm sido utilizadas com mais frequência pela doutrina contemporânea, para designar os direitos das pessoas frente ao Estado⁴⁴. Não parece haverem dúvidas que os direitos humanos são direitos fundamentais, porque formam a base de toda e qualquer sociedade que tem como escopo ser justa e igualitária. Em suma, os direitos humanos consistem no:

[...] conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana⁴⁵.

Os direitos humanos compõem-se dos direitos individuais fundamentais (vida, liberdade, igualdade, propriedade, segurança); dos direitos sociais (trabalho, saúde, educação, lazer e outros); dos direitos econômicos (consumidor, pleno emprego, meio ambiente); e dos direitos políticos (formas de realização da soberania popular). Estes

⁴² DALLARI, Dalmo de Abreu. **O que são direitos humanos?** Direitos humanos: noção e significado. In: *dhnet*, 1999. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/textos/oquee/oquedh.htm>>. Acesso em: 29 abr. 2008.

⁴³ SILVA, Fábio Luis dos Santos. **O que são direitos humanos?** In: *Secretaria de Assuntos Jurídicos de Recife*, [s.d]. Disponível em: <<http://www.recife.pe.gov.br/pr/secjuridicos/ddh.php>>. Aceso em: 29 abr. 2008. p. 1.

⁴⁴ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 1988. p. 48-9.

⁴⁵ MORAES, Alexandre de. 1998. *Op. cit.*, p. 38.

grupos se complementam e integralizam de tal forma, que sem a existência de todos eles, torna-se impossível a plenitude dos direitos humanos. Do que conclui que “neste mundo tão interdependente, a paz mundial estará sempre ameaçada se a solução dos problemas que afligem a humanidade como um todo, ficar apenas nas mãos de governos soberanos, sem recursos e/ou sem vontade política para resolvê-los⁴⁶”.

Atualmente, a maioria das constituições do mundo, dentre elas a Constituição Federal brasileira de 1988, espelham-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas - ONU⁴⁷, não porque não houve outras inspirações, mas devido à sua vocação universalizante⁴⁸.

Em estudo a essa temática, Alexandre de Moraes constata que, embora previstos na constituição da maioria dos Estados, os direitos humanos são protegidos e respeitados, de forma efetiva, apenas nas sociedades onde os cidadãos permanecem vigilantes e participantes, sem delegar apenas ao Estado a proteção e a aplicação desses direitos⁴⁹.

O conjunto dos direitos humanos fundamentais, de acordo com o citado autor, visa tutelar o respeito ao seu direito à vida, à liberdade, à igualdade, à dignidade, ao pleno desenvolvimento da sua personalidade, todos esses conceitos em acepções amplas, e esta proteção deve ser positivamente reconhecida pelos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais⁵⁰.

Ainda segundo Alexandre de Moraes, os direitos fundamentais apresentam as seguintes características: a) são naturais, pois os direitos declarados derivam da natureza humana. A declaração presume uma preexistência; b) são abstratos, são vinculados à natureza, e, portanto, necessariamente abstratos, são do ser humano e não apenas dos brasileiros, por exemplo; c) são imprescritíveis, não se perdem com o passar do tempo, pois se prendem à natureza imutável do ser humano. São, portanto, permanentes; d) são inalienáveis, já que ninguém pode abrir mão da própria natureza. Os direitos fundamentais não podem ser transferidos de uma pessoa, nem de forma gratuita e nem mediante

⁴⁶ BATISTA, Guilherme. **Direitos humanos**: preservação da cultura de país soberanos. In: *Revista Verbis*. Rio.de Janeiro, ano 1, nº 4. p. 16-17. out./nov. 1996. p. 17.

⁴⁷ DIREITO INTERNACIONAL, Legislação. **Declaração universal dos direitos humanos**. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2008.

⁴⁸ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 165 e ss.

⁴⁹ MORAES, Alexandre de. 1998. *Op. cit.*, p. 41 e ss.

⁵⁰ *Idem, ibidem*, p. 37.

pagamento; e) são individuais, porque cada ser humano é ente perfeito e completo, mesmo se considerado isoladamente, independentemente da comunidade; f) são irrenunciáveis, porque não se pode exigir de ninguém que renuncie à vida (eutanásia) à liberdade em favor de outra pessoa (prender um em lugar de outro); g) são universais, pertencem a todos os indivíduos, em consequência estendem-se por todo o campo aberto ao ser humano, potencialmente o universo; h) são invioláveis, eis que nenhuma lei infraconstitucional ou autoridade pode desrespeitar os direitos fundamentais de outrem, sob pena de responsabilização civil, administrativa e criminal; i) são efetivos, já que o poder público deve atuar de modo a garantir sua efetivação, usando inclusive mecanismos coercitivos quando necessário. Esses direitos não se satisfazem com o simples reconhecimento abstrato; j) são interdependentes, tendo em vista que as previsões constitucionais e infraconstitucionais não possa se chocar com os direitos fundamentais; e j) são complementares, pois os direitos humanos fundamentais não devem ser interpretados isoladamente, mas sim de forma conjunta, com a finalidade da sua plena realização⁵¹.

Acrescenta-se, pela importância peculiar para este estudo, a característica da historicidade, apontada por José Afonso da Silva: “são históricos como qualquer direito. Nasceram, modificam-se e desaparecem. Eles apareceram com a revolução burguesa e evoluem, ampliam-se, com o correr dos tempos”. Explica que a historicidade dos direitos humanos “rechaça toda fundamentação baseada no direito natural, na essência do ser humano ou na natureza das coisas”⁵².

Reafirme-se, porém, que a característica diferenciadora principal dos direitos humanos em relação ao direito privado é a “universalidade”, alicerçada no princípio da dignidade da pessoa humana. Este conceito baseado na universalidade não é unânime e absolutamente aceito nas diversas culturas humanas, todavia, no mundo contemporâneo, a idéia central abrange certa universalidade.

Em breves palavras, os direitos humanos fundamentam-se na preservação da vida humana e sua integridade física, moral e social, sendo que a vida humana, em sua plenitude, se manifesta como liberdade da pessoa humana.

⁵¹ MORAES, Alexandre de. 1998. *Op. cit.*, p. 44 e ss.

⁵² SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 185.

2.3 SOBERANIA

O poder do Estado é diferente do poder de uma sociedade qualquer, por exigir uma soberania, concebida como um conjunto de prerrogativas que dão o máximo grau de poder ao seu titular. A soberania, portanto, é um “símbolo altamente emocional”⁵³, uma autoridade superior que não pode ser limitada por nenhum outro poder, traduzindo-se, desse modo, “no elemento abstrato, de matiz político, que permite, em última análise, indispensável concreção aos denominados elementos perceptíveis (povo e território), viabilizando o Estado como inexorável realidade efetiva (vinculação político-jurídica)”⁵⁴.

O ser humano, por sua natureza e independentemente de qualquer outro fator, tem uma necessidade instintiva e insuperável de se associar, situação que levou à instituição de pequenos grupos familiares, construído a partir de vínculos naturais, que aos poucos foram evoluindo, tornando-se gradativamente mais amplos e complexos, transmutando-se para uma vinculação social, dando forma às sociedades primitivas, posteriormente transformadas em Nações, sendo que, com o estabelecimento de um território fixo adicionado à prevalência do “coletivo” sobre o “particular”, concebendo-se um poder abstrato supremo denominado “soberania”, chega-se, finalmente, ao Estado, modalidade última de agregação humana, concebido como “toda associação ou grupo de pessoas fixado sobre determinado território, dotado de poder soberano”⁵⁵. Assim:

Nesse instante, o ato de associação produz um corpo moral e coletivo, que é o Estado, enquanto mero executor de decisões, sendo o soberano quando exercita um poder de decisão. O soberano, portanto, continua a ser o conjunto das pessoas associadas, mesmo depois de criado o Estado, sendo a soberania inalienável e indivisível⁵⁶.

É por isso da importância da égide do método histórico-evolutivo-funcionalista, para a perquirição do atual conceito de soberania. Explica-se: as acepções que hoje o termo “soberania” interioriza em seu conceito, estão muito dissociadas daquelas da sua origem, que não é remota, eis que, se os conceitos sempre ficaram à mercê da criatividade da mente humana, e, portanto, vulneráveis, muito mais instáveis se revelam nos tempos da globalização e suas conseqüências, situação que leva à constante reinterpretação dos

⁵³ Morton A. Kaplan e Nicholas de B Katzenbach *apud* DALLARI, Dalmo de Abreu. 1993. *Op. cit.*, p. 63.

⁵⁴ FRIEDE, Reis. **O Estado como realidade político-jurídico**. In: *Revista da Procuradoria Geral do INSS*, v. 7, nº 1, publicação trimestral, p. 15-24. Brasília, MPAS/INSS, jul. 2000. p. 20.

⁵⁵ *Idem, ibidem*, p. 15;16;17.

⁵⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. 1993. *Op. cit.*, p. 14.

institutos e seus primados, sob uma ótica naturalmente tão desconhecida quanto imprevisível.

Desde a limiar da década de noventa, que trouxe consigo o fim da designada “Guerra Fria”⁵⁷, a sociedade internacional vive um acentuado processo de reestruturação, que tem trazido como consequência a consolidação de uma ordem internacional marcada pela desigualdade entre países “pobres” e países “ricos”. A par disso, as transformações econômicas, políticas e sociais, além da sucessão rápida e imprevisível dos acontecimentos históricos, transformam a pós-modernidade numa integração cultural sem precedentes.

Neste conturbado contexto, a soberania adquire ainda mais importância, porque está cotidianamente em pauta. As negociações internacionais que dependiam das “forças dos ventos”, e aconteciam de forma lenta, agora, com informatização, são realizadas em segundos. Por estas razões, muito embora o conceito de soberania tenha sido claramente afirmado e teoricamente definido ainda no século XVI, sua análise temática permanece atual, e mais que isso, é um dos assuntos que mais tem atraído à atenção dos teóricos do Estado, no mundo todo⁵⁸, levando à construção de muitos e variados conceitos, eis que se faz necessária uma definição mínima - embora se tenha a consciência de que não é possível a elaboração de um conceito finito -, para o entendimento do fenômeno estatal, até porque, é inconcebível um Estado perfeito sem soberania. É neste ínterim que os conceitos de Estado e soberania se diferenciam, se confundem e se completam.

O Estado é definido, normalmente, como a organização da soberania e esta, por sua vez, é compreendida no exato conceito possível de Estado. Não existe Estado sem soberania ou com esta pela metade. É por isso que é considerada e respeitada como uma autoridade superior que não pode ser limitada por nenhum outro poder. A soberania é una, integral e universal. Não pode sofrer restrições de qualquer tipo, salvo, naturalmente, as que decorrem dos imperativos de convivência pacífica dos Estados soberanos no plano do direito internacional. Soberania relativa ou condicionada por um poder normativo dominante não é soberania.

⁵⁷ “Guerra Fria” é a nomeação atribuída ao conflito político e ideológico que ocorreu entre o capitalismo representado pelos Estados Unidos da América e o socialismo defendido pela então União Soviética, que se prolongou no tempo entre 1945, época em que o mundo viveu sua segunda guerra, e 1991, com a extinção da União Soviética e a hegemonia do capitalismo norte-americano.

⁵⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. 1993. *Op. cit.*, p. 63.

Em aspectos gerais, conforme Francisco Suárez a soberania pode ser concebida no sentido *lato* e no sentido estrito. Para o citado estudioso, “um poder deve ser considerado como soberano: quando não há outro que lhe seja superior, pois esta palavra significa a negação de um poder superior ao qual devesse obedecer que o detém”⁵⁹. Identifica-se, nessa afirmação, o sentido *lato* da expressão “soberania”. Em sentido estrito, a soberania indica o poder do Estado pós-moderno, que mediante sua lógica absolutista interna, suplantou a antiga ordem medieval, cuja natureza e dinâmica assentavam-se nas duas vertentes universalistas da época: a Igreja e o Império.

Na definição de Deocleciano Torrieri Guimarães:

Soberania é um dos elementos formais do Estado no conjunto de seus poderes institucionais, pelos quais exerce autoridade absoluta sobre qualquer outro poder, no âmbito interno, e situa-se no mesmo plano de poder de outros Estados. Logo, “soberania interna” é o império que o Estado exerce, coercitivamente, sobre o seu território e a sua população; e “soberania externa” é a sua independência e igualdade perante outros Estados, o seu poder de autodeterminação⁶⁰.

Para esse momento apresentativo, importa a informação prévia de que os conceitos de soberania variam sobremaneira dependendo da ótica de quem os constroem. Parte da doutrina se refere à soberania como um poder do Estado, enquanto outros preferem tratá-la como a “qualidade” do poder do Estado. De outro modo é o conceito normativista de Hans Kelsen, que concebe a soberania como expressão da unidade de uma ordem. Para Miguel Reale a soberania é uma qualidade essencial do Estado, enquanto que para Georg Jellinek a soberania é qualificada como nota essencial do poder do Estado. Já Oreste Ranelletti faz uma distinção entre a soberania de império e a soberania qualitativa, explicando que no significado de poder de império traduz-se como elemento essencial do Estado, não podendo faltar, o que não acontece com a soberania com o sentido de qualidade do Estado, podendo ser dispensada, entendimento que coincide com a observação de Georg Jellinek de que o Estado Medieval não apresentava essa qualidade⁶¹.

Em síntese às referidas teorias, constata-se, juntamente com Dalmo de Abreu Dallari, “a noção de soberania está sempre ligada a uma concepção de poder, pois mesmo quando concebida como o centro unificador de uma ordem está implícita a idéia de poder de unificação”. A diferenciação das referidas concepções está na “evolução do sentido

⁵⁹ Francisco Suárez *apud* PEREIRA, Antônio Celso Alves. **A soberania no Estado pós-moderno**. In: *Revista de Ciências Jurídicas*, Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, ano I, nº 1, p. 23-61, jan./dez. 2002. p. 25.

⁶⁰ GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Op. cit.*, p. 503.

⁶¹ Colação doutrinária de Dalmo da Abreu Dallari (DALLARI, Dalmo de Abreu. 1993. *Op. cit.*, p. 67).

eminentemente político para uma noção jurídica de soberania”⁶². Todas essas peculiaridades serão esmiuçadas no desenvolvimento da pesquisa.

⁶² DALLARI, Dalmo de Abreu. 1993. *Op. cit.*, p. 67-8.

PARTE I

CAPÍTULO 1

O ESTADO SOBERANO PERANTE O DIREITO INTERNACIONAL

1.1 FORMAÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE ESTADO SOBERANO

O termo “soberania” traz em seu conceito diversos caracteres, com significados ainda mais variados, dependendo do ponto de vista do analista e intérprete. A par disso, é preciso ter em linha de conta que a evolução da história ocasiona mudanças de valores nas relações humanas que realizam transformações no entendimento e na própria função da soberania. Significa dizer que a partir da escolha dos métodos de abordagem e das linhas argumentativas é possível construir conceitos diferentes para um mesmo objeto. Desse modo, na investigação conceitual do termo “soberania”, o pesquisador se defronta não apenas com divergentes construções cognitivas expressas nas mais variadas teorias e doutrinas, mas, também, com mudanças conceituais protagonizada pelo devir histórico, o que torna o tema ainda mais intrigante e desafiador.

O fundamento cognitivo de um estudo histórico está na interpretação dos dados coletados utilizando-se de critérios ditados pela cultura da época, ou seja, tem-se consciência de que as informações históricas manifestam plena e adequadamente seus significados apenas se forem observadas no contexto do qual fazem parte. Nesse sentido encontra-se a justificativa da necessidade de se inteirar dos valores culturais e sociais do momento histórico que propiciou o surgimento do conceito de soberania.

Como não se concebe a existência de um Estado sem soberania, daí a definição de Estado contemporâneo como a organização da soberania, a percepção de seu real conceito se faz necessária para o entendimento desse fenômeno estatal, na igual medida em que a busca do significado de Estado é essencial à compreensão do conceito de soberania.

O objetivo desse capítulo é examinar e esboçar como se deu o desenvolvimento do conceito de Estado soberano no âmbito do direito internacional, tendo como suporte operacional o método histórico, importante instrumento de diretriz investigatória que possibilita a análise de todas as etapas da constituição, do desenvolvimento, da formação e da codificação do fenômeno estatal.

A justificativa da escolha dessa metodologia tem como vértice a concepção de que a reflexão sobre a ordem cronológica e as causas do aparecimento do Estado permitem conhecer sua especificidade e torna possível a compreensão, com maior clareza e profundidade, das razões que levaram à sua idealização, bem como a agregação da soberania em seu conceito.

1.1.1 SÍNTESE HISTÓRICO-EVOLUTIVA DO ESTADO

Neste momento o enfoque direciona-se para as acepções históricas do Estado. É difícil precisar quando este apareceu. Nos tempos antigos, a organização política dos grupos sociais se dava de forma intuitiva. Aqueles indivíduos que naturalmente se sobressaíam eram reconhecidos como líderes pelos demais, e em torno deles o grupo se unia para alcançar os objetivos comuns, sendo que as experiências e os costumes eram legados para as gerações futuras. Com o passar do tempo, a complexidade social exigiu um direito codificado para reger as condições existenciais da sociedade. Dessa forma:

A própria natureza dos fins do Estado exige dele uma ação intensa e profunda, continuamente desenvolvida, para que possa realizá-los, o que produz, inevitavelmente, uma permanente possibilidade de conflitos de interesses, que serão mais bem resguardados e adequadamente promovidos só através do direito⁶³.

Surge, assim, o Estado de Direito que tem seu alicerce no princípio da legalidade, que significa, atualmente, a submissão de todo e qualquer cidadão, seja ele governante ou não, ao direito. O Estado passa a ser concebido como uma sociedade politicamente organizada, constituída segundo determinadas normas jurídicas, num território definido, sob a direção de um governo autônomo e independente e com a finalidade de realizar o bem comum.

⁶³ DALLARI, Dalmo de Abreu. 1993. *Op. cit.*, p. 107.

O caminho percorrido foi longo e o processo continua em pleno desenvolvimento. A existência do Estado tem sido justificada de diversos modos. A opção, para esse estudo, foi a de apresentar a construção do conceito de Estado no processo histórico sob duas dimensões: das teorias da origem do Estado e das características fundamentais do Estado na sequência cronológica.

1.1.1.1 Teorias sobre a origem do Estado

Na verificação de Dalmo de Abreu Dallari, são inúmeras as teorias que tentam desvendar a época em que o Estado tornou-se visível, agrupando-as em três posições⁶⁴: Estado onipresente, Estado construído e Estado soberano.

Algumas doutrinas políticas consideram o Estado como “sociedade natural”, decorrente da tendência humana para a associação e da necessidade de os indivíduos se organizarem, sob certa ordem, para atingirem objetivos comuns. Trata-se da teoria de que o Estado é onipresente na sociedade humana, concebendo que o ser humano sempre viveu integrado numa organização social dotada de poder e com autoridade para determinar o comportamento de todo o grupo⁶⁵.

Na teoria do Estado onipresente, o intervencionismo é absoluto, onde o Estado atua com exclusividade em quase todos os setores. A idéia central é a de que é da centralização para a descentralização que acontecem os fenômenos e se realizam as transformações.

A tese da construção humana do Estado entende que a sociedade humana existiu sem o Estado durante certo período, sendo que, posteriormente, o Estado foi constituído para atender às necessidades ou às conveniências dos grupos sociais. Nesse pensar, o Estado é o produto humano da contradição entre classes sociais antagônicas. Eliminada a contradição, com a supressão das classes, o Estado também desapareceria.

⁶⁴ *Idem, ibidem*, p. 44.

⁶⁵ Teoria sustentada pelo historiador alemão Eduard Meyer (1855-1930) e pelo antropólogo alemão Wilhelm Koppers (1886-1961) (DALLARI, Dalmo de Abreu. 1993. *Op. cit.*, p. 44).

Desse modo, o surgimento do Estado não aconteceu de forma simultânea em todos os espaços físicos, mas foi aparecendo em momentos distintos, em conformidade com as condições concretas de cada lugar.

Por fim, Dalmo de Abreu Dallari apresenta a teoria do Estado soberano⁶⁶. Esta corrente de pensamento concebe o Estado como sociedade política dotada de certas características bem definidas, e, por conseguinte, só pôde ter origem a partir da idéia de soberania (todo o poder do Estado pertence ao rei e não pode ser partilhado com o clero, a nobreza ou o povo)⁶⁷ do século XVII⁶⁸.

Porém, ainda segundo Dalmo de Abreu Dallari, a denominação “Estado” (do latim *status*, de “estar firme”), significando situação permanente de convivência e ligada à sociedade política, é empregada pela primeira vez na obra “o príncipe” do historiador, poeta e diplomata italiano Nicolau Maquiavel (*Niccolò Machiavelli*, 1469-1527), escrito em 1505, e publicado em 1515⁶⁹. Consta no “Capítulo I - de quantas espécies são os principados e de que modos se adquirem (*quot sint genera principatuum et quibus modis acquirantur*)” que:

Todos os Estados, todos os governos que tiveram e têm autoridade sobre os homens, foram e são ou repúblicas ou principados. Os principados são: ou hereditários, quando seu sangue senhorial é nobre há já longo tempo, ou novos. Os novos podem ser totalmente novos, como foi Milão com Francisco Sforza, ou o são como membros acrescidos ao Estado hereditário do príncipe que os adquire, como é o reino de Nápoles em relação ao rei da Espanha. Estes domínios assim obtidos estão acostumados, ou a viver submetidos a um príncipe, ou a ser livre, sendo adquiridos com tropas de outrem ou com as próprias, bem como pela fortuna ou por virtude⁷⁰.

Desde então, o termo “Estado” passou a ser utilizado pelos italianos, sempre relacionado ao nome de uma cidade independente, como, por exemplo: *Stato di Firenze*. Neste mesmo sentido a expressão foi admitida em escritos franceses, ingleses e alemães

⁶⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. 1993. *Op. cit.*, p. 43;

⁶⁷ De acordo com Paulo Bonavides, o assunto “soberania” foi tratado pela primeira vez, no âmbito teórico, pelo publicista francês Jean Bodin (1530-1596) na obra “os seis livros da república” (*les six livres de la république*), editado em 1576. Jean Bodin concebeu que a soberania é um elemento essencial do conceito de Estado, enfatizando que não pode haver Estado sem soberania (BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 125).

⁶⁸ Adeptos dessa tese: o jurista, cientista político e professor de direito alemão Carl Schmitt (1888-1985), para quem o conceito de Estado não é um conceito geral válido para todos os tempos, mas é um conceito histórico concreto; Giorgio Balladore Pallieri (1905-1980), professor de direito internacional italiano, indica, inclusive, o ano do nascimento do Estado: “a data oficial em que o mundo ocidental se apresenta organizado em Estados é a de 1648, ano em que foi assinada a paz de Westfália” (DALLARI, Dalmo de Abreu. 1993. *Op. cit.*, p. 44).

⁶⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. 1993. *Op. cit.*, p. 43.

⁷⁰ MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Edição eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Mores, <www.jahr.org>, [s.d.]. p. 10.

dos séculos XVI e XVII. Na Espanha, até o século XVIII, a denominação “Estados” era aplicada a grandes propriedades rurais de domínio particular, cujos proprietários tinham poder jurisdicional⁷¹.

Qualquer que seja, porém, sua origem, racional ou metafísica, sobrenatural ou humana, o Estado é uma realidade social e política inegável, com personalidade moral própria e autoridade e como sociedade individualizada e perfeita, o Estado é conceito moderno. Porém, embora o nome “Estado” no sentido de “sociedade política” é utilizado apenas no século XVI, isso não significa dizer que antes dessa data não existiram “sociedades políticas que, com autoridade superior, fixaram as regras de convivência de seus membros”⁷². Por isso é importante identificar as características fundamentais do Estado soberano na seqüência cronológica.

1.1.1.2 Características fundamentais do Estado na seqüência cronológica

A origem e formação do Estado, embora com nomenclaturas diversas, perpassa todas as “épocas” vivenciadas pela humanidade. A referência aqui é à Idade Antiga ou Antiguidade (período que se estendeu desde a invenção da escrita (4000 a.C. a 3500 a.C.) até à queda do Império Romano do Ocidente em 476 d.C.); à Idade Média ou medieval (período iniciado com a desintegração do Império Romano do Ocidente, que aconteceu no ano 476 d.C., até o fim do Império Romano do Oriente, com a Queda de Constantinopla, no ano 1453 d.C.); à Idade Moderna (período que se inicia com a tomada de Constantinopla pelos turcos otomanos, em 1453 até a Revolução Francesa de 1789); e à

⁷¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. 1993. *Op. cit.*, p. 43.

⁷² *Idem, ibidem*, p. 43.

Idade Contemporânea (período atual da história do mundo ocidental, que tem seu início com a Revolução Francesa de 1789)⁷³.

As formas de Estado mais recuadas no tempo são hoje chamadas de “Estado Antigo”, “Estado Oriental” ou “Estado Teocrático”. Lembre-se que, como visto, na época não se utilizava o nome “Estado”. De acordo com o historiador alemão Raymond Garfield Gettel, na Antiguidade a família, a religião, o Estado e a organização econômica formavam um conjunto integrado e confuso, sendo difícil traçar limites característicos que os diferenciem. Como decorrência, também não se distinguia o pensamento político da religião, da moral, da filosofia ou das doutrinas econômicas⁷⁴. Outrossim, não é possível apresentar datas, eis que na história das sociedades antigas, as épocas são marcadas mais pela sucessão das idéias e das instituições do que pela cronologia dos anos.

Neste momento da pesquisa, apresentam-se, resumidamente, as idéias de Fustel de Coulanges sobre o que ele mesmo afirmou ser “a lei dos tempos antigos”. Nas suas investigações, verifica que desde as mais antigas eras existiam três institutos que se encontravam fundados e solidamente estabelecidos nas sociedades grega e italiana e que tiveram entre si, na origem, uma relação evidente e inseparável: a religião doméstica, a família e o direito de propriedade⁷⁵.

Nos tempos mais remotos de que se tem notícia, e por um longo período, a humanidade não conheceu nenhuma outra forma de sociedade além da família, que era formada a partir da religião doméstica. No centro de cada família construía-se um altar onde se acendia o fogo sagrado (que nunca se apagava) e se realizavam os cultos aos antepassados (divindades), propriedade exclusiva da família. A família ficava sempre agrupada ao redor desse altar; estava ligada ao altar e este ao solo, estabelecendo-se estreita relação entre a terra e a família.

⁷³ “Na segunda metade do século XVII, Cristóvão Keller, professor da Universidade de Halle, propôs a divisão da história em três períodos: *antiqua*, *medii aevi*, *novam*, e mais tarde publicou a *Historia medii aevi, a temporibus Constantini Magni ad Constantinopolis Turcis captam deductam* (História da Idade Média, de Constantino Magno à Tomada de Constantinopla pelos Turcos). Dessa maneira, a existência de um período distinto da Antiguidade e da Idade Moderna, e entre elas interposto, alcança expressão didática e se incorpora ao pensamento histórico” (BARSA, Enciclopédia. **Idade Média**. V. 7. São Paulo/Rio de Janeiro: *Enciclopaedia Britannica Editores*, Ltda., 1969b. p. 406).

⁷⁴ Raymond Garfield Gettel (1930) *apud* DALLARI, Dalmo de Abreu. 1993. *Op. cit.*, p. 53.

⁷⁵ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma (*La cite antique: étude sur le culte, le droit, les institutions de la Grece et de Rome* - 1864). Tradução de Jonas Camargo e Eduardo Fonseca. Rio de Janeiro: Ediouro, [s.d.]. p. 266; 44.

Com o passar do tempo, a população alcançou a Grécia e a Itália, e construiu cidades. Porém, entre os antigos jamais se estabeleceu uma vida de comunidade, pois como cada família tinha seus deuses e seu culto, tinha que ter seu lugar particular sobre a terra, seu domicílio isolado, sua propriedade⁷⁶. É, também, no interior das famílias, que surgiram as leis, eis que, segundo Fustel de Coulanges, a família antecedeu as cidades. Quando o Estado começou a escrever suas leis:

[...] encontrou o direito já estabelecido, enraizado nos costumes e fortalecido pela adesão universal e não restou nada ao legislador além de aceitar esse direito. Portanto, o antigo direito não é obra de um legislador; pelo contrário, foi imposto ao legislador. Nasceu na família. Surgiu espontaneamente, e já formado, dos antigos princípios que a constituíam. É a decorrência natural de crenças religiosas, universalmente admitidas na idade primitiva desses povos, e que exerciam império sobre as inteligências e as vontades⁷⁷.

Graças à religião doméstica, a família antiga tinha a forma de pequeno corpo organizado, com chefe e governo (*pater-familiae* - pai de família - poder familiar). Ressalte-se que a autoridade do *pater-familiae* não era um poder arbitrário como aquele que derivava do direito do mais forte. As crenças reinantes nos espíritos eram suficientes, sem a necessidade do direito da força ou da autoridade de um poder social, para constituí-la regularmente, para dar-lhe disciplina, governo, justiça, e para fixar em todos esses detalhes o direito privado.

Aos poucos foram acontecendo reuniões de várias famílias, que, sem sacrificar a religião particular, se agrupavam para a celebração de um culto comum. Formaram-se a fratria (Grécia) e a cúria (Roma). Essa união decorreu do progresso da idéia religiosa, quando foi possível conceber uma divindade superior aos deuses domésticos, um deus comum que velava sobre todo o grupo. Cada cúria (ou fratria) tinha um chefe (curião ou fratriarca), cuja principal função era presidir aos sacrifícios. A cúria (ou fratria) realizava suas assembléias, suas deliberações e promulgava decretos. Nela, como na família, havia um deus, um culto, um sacerdote, uma justiça e um governo. Tratava-se de uma pequena sociedade, modelada exatamente sobre a da família⁷⁸.

Pode-se visualizar, nesse momento, o embrião do direito internacional, bem diferente da forma como ele atualmente é concebido, é verdade, mas estruturalmente similar. Veja-se: existia uma divindade para cada família, que se impunha, internamente, a

⁷⁶ COULANGES, Fustel de. *Op. cit.*, p. 45.

⁷⁷ *Idem, ibidem*, p. 62.

⁷⁸ COULANGES, Fustel de. *Op. cit.*, p. 81.

todos os seus indivíduos, e uma divindade superior que espalhava sua proteção sobre a cúria ou a fratria, que, por sua vez, era formada por um conjunto de famílias e suas divindades individuais.

A associação continuou a crescer naturalmente. Várias cúrias ou fratrias agruparam-se dando origem à tribo. As tribos, por sua vez, formavam a cidade. A cidade também tinha sua religião; em cada tribo era construído um altar onde se instalava uma divindade protetora. No centro da cidade era construído um altar e uma divindade. As cidades jamais deixaram de acender o fogo sagrado e de instituir uma religião comum. A sociedade humana não cresceu como um círculo se estendendo progressivamente; ao revés, são pequenos grupos, de há muito existentes, que se agregam uns aos outros. Várias famílias formam a cúria (fratria), várias fratrias formam a tribo, várias tribos formam a cidade. Família, cúria (fratria), tribo, cidade, são, portanto, sociedades exatamente semelhantes entre si, nascidas uma da outra, por uma série de federações.

A cidade, enquanto confederação estava obrigada a respeitar a independência religiosa e civil das tribos, das cúrias e das famílias; e por isso, em princípio, não teve o direito de intervir nos negócios particulares dessas pequenas entidades. No centro da cidade, concebida como uma associação religiosa e política das famílias e das tribos construía-se uma “urbe”, que consistia no lugar de reunião, o domicílio, e, sobretudo, o santuário da cidade⁷⁹. Como a religião da época prescrevia que o lar devia ter sempre um sacerdote supremo (*pater-familiae*), a cúria tinha seu curião ou fratriarca, cada tribo possuía seu chefe religioso e a cidade um pontífice. Esse sacerdote do lar público usava o nome de “rei” (ainda “prítane” e “arconte”).

Da mesma forma que na família, a autoridade da cidade estava inerente ao sacerdócio, e do mesmo modo que o pai, enquanto chefe do culto doméstico era ao mesmo tempo juiz e mestre, assim o grão-sacerdote da cidade também era seu chefe político. Existia, desse modo, uma confusão de sacerdócio e poder num único indivíduo.

Também não foi a força que constituiu os chefes e reis nessas cidades antigas, mas a religião que fez o rei na cidade, assim como constituía o chefe de família em cada casa. Essa realeza semi-religiosa e semi-política estabeleceu-se em todas as cidades, desde seu nascimento, sem esforços da parte dos reis e sem resistência da parte dos súditos. Nessa

⁷⁹ *Idem, ibidem*, p. 83.

sociedade, o cidadão era reconhecido por sua participação no culto da cidade, de onde provinham todos os seus direitos políticos e civis. Renunciar ao culto significava renunciar aos direitos.

Cada cidade, por exigência da própria religião, devia ser absolutamente independente. A cidade havia sido fundada como uma religião, constituindo-se como uma igreja. Daí sua força, daí também sua onipotência e o império absoluto que exercia sobre seus membros. Em uma sociedade estabelecida sobre tais princípios, a liberdade individual não podia existir. O cidadão ficava submetido, em tudo e sem reservas, à cidade; pertencia-lhe inteiramente. A religião que dera origem à cidade, e a cidade, que sustentava a religião, apoiavam-se mutuamente, sustentavam-se uma à outra, e formavam um só corpo; esses dois poderes associados e perfeitamente unidos constituíam um poder quase sobre-humano, ao qual a alma e o corpo submetiam-se igualmente. O ser humano nada tinha de independente. Seu corpo pertencia ao Estado, e destinava-se à sua defesa. A fortuna dos cidadãos estava sempre à disposição do Estado. Em suma, a vida privada não escapava à onipotência da cidade e tudo o que significava poder na cidade estava reunido nas mãos do rei.

Por muito tempo essa foi a forma de Estado conhecida pela humanidade. Até então “não se recorre ao conceito de soberania como atributo do Estado”⁸⁰. Contudo, como tudo o que é humano, também sofreu uma série de revoluções. Não é possível afirmar com precisão cronológica em que época essas revoluções tiveram início. Porém, a partir do século XV a.C., essa organização social já era discutida e atacada quase em toda parte, sendo que por meio de lutas contínuas acabou por desaparecer. O governo mudou de natureza: de cumpridor das cerimônias religiosas passou a ser constituído para manter a ordem e a paz no interior, e a dignidade e o poder no exterior. “A política passou à frente da religião, e o governo dos homens tornou-se coisa humana”⁸¹. Na síntese de Fustel de Coulanges:

A ruína do regime político que a Grécia e a Itália haviam criado pode ser atribuída a duas causas principais: uma pertence à ordem dos fatos morais e intelectuais, outra à ordem dos fatos materiais; a primeira é a transformação das crenças, a segunda é a conquista romana. Esses dois grandes fatos são

⁸⁰ Hebert Arbuét Vignali *apud* FINKELSTEIN, Cláudio. **O processo de formação de mercados de bloco**. São Paulo: IOB-Thomson, 2003. p. 78.

⁸¹ COULANGES, Fustel de. *Op. cit.*, p. 161.

contemporâneos; desenvolveram-se e concluíram-se juntos, durante a série de cinco séculos que precede a era cristã⁸².

Até o Império Romano, não se encontra noção teórica que se assemelhe ao conceito de soberania contemporânea.

A maior proximidade que se chegou à referida expressão foi o termo “autarquia”⁸³, esposado no Estado grego por Aristóteles de Estagira (384 a 322 a.C.), no Livro I, “A Política”⁸⁴, no sentido de “auto-suficiência”, mas não de exercício de poder. Portanto, o povo grego antigo, como se nota na obra de Aristóteles, concebia a “autarquia” como um poder moral e econômico, de auto-suficiência do Estado, ou seja, não significava supremacia de poder, mas de auto-suficiência⁸⁵. Desse modo, “o pensamento aristotélico refere-se à autarquia como capacidade inerente aos centros de poder independentes”⁸⁶.

Já na Roma Antiga, os poderes visualizados eram o civil ou o militar, que não apresentavam um poder político que representasse o poder uno e indivisível do Estado. Entre os romanos, o poder de *imperium* era um poder político transcendente que se refletia na majestade imperial incontestável. Porém, não indicava poder supremo do Estado em relação a outros poderes ou para decidir sobre determinadas matérias. Mesmo assim, segundo Eelco N. van Kleffens, é do direito romano o legado da mais antiga definição de Estado soberano. O citado autor informa que no Digesto de Proculo, Jurista do século I d.C., texto mais tarde inserido na obra de Justiniano (*corpus iuris civilis* - corpo de direito civil, obra jurídica publicada entre os anos 529 e 534 d.C.), consta a seguinte frase: *um liber populus externus* (uma potência estrangeira) é *is qui nullius populi potestati est subiectus* (aquele que não está sujeito ao poder de nenhum outro povo)⁸⁷. Na prática, porém, a Antiguidade não conheceu um “poder soberano”. A justificativa está no período histórico, onde não existia oposição entre o poder dos Estados e outros poderes. O Estado era o poder absoluto e trazia para si, todas as decisões, quer na esfera política, administrativa, legal ou religiosa. Além disso, a preocupação constante em garantir a

⁸² *Idem, ibidem*, p. 247.

⁸³ DALLARI, Dalmo de Abreu. 1993. *Op. cit.*, p. 64.

⁸⁴ “Na ‘política’ de Aristóteles, a noção ocorre pelo, menos três vezes: ‘o governo é por toda a parte soberano no Estado’; ‘o Governo é a autoridade suprema nos Estados’; ‘num governo constitucional, os guerreiros tem o poder supremo’. Contudo, parece que ninguém então considerou os problemas [da soberania em direito internacional]. Contentavam-se com estabelecer a existência de uma autoridade suprema, e interrogavam-se sobre quem melhor se prestava a exercê-la. E isso era tudo, com respeito à soberania” (KLEFFENS, Eelco Nicolas van. **A soberania em direito internacional**. In: *Boletim da Faculdade de direito*, vol. XXXII, p. 11-159. Universidade de Coimbra: Coimbra Editora, 1957. p. 21-2).

⁸⁵ *Idem, ibidem*, p. 64.

⁸⁶ Hebert Arbuet Vignali *apud* FINKELSTEIN, Cádudio. *Op. cit.*, p. 78.

⁸⁷ KLEFFENS, Eelco Nicolas Van. *Op. cit.*, p. 24;37.

segurança não permitia voltar atenção para a os poderes privados. Os problemas da época eram outros, principalmente conquistar e garantir territórios e arrecadar tributos.

O fim da sociedade antiga, nas palavras de Fustel de Coulanges, aconteceu em definitivo com a “vitória do cristianismo”. Com o cristianismo, a religião deixou de ser exterior ao ser humano, e limitou-se, sobretudo, ao pensamento humano, tornou-se espírito. A religião deixa de ser doméstica, de uma família ou de uma cidade, e passa a ser de toda a humanidade. Em relação ao governo da cidade, o cristianismo transformou-o em sua essência, separando a religião do governo (palavras de Jesus Cristo: “dai a César o que é de César, e a Deus o que é de Deus”⁸⁸). Em suma:

[...] apenas porque a família não possuía mais sua religião doméstica, sua constituição e seu direito foram modificados, do mesmo modo que, só porque o Estado não tinha mais sua religião oficial, as regras do governo dos seres humanos foram modificadas para sempre⁸⁹.

Nas explicações de Dalmo de Abreu Dallari:

[...] o Estado Antigo sempre aparece como uma unidade geral, não admitindo qualquer divisão interior, nem territorial, nem de funções. A idéia da natureza unitária é permanente, persistindo durante toda a evolução política da Antiguidade. Quanto à presença do fator religioso, é tão marcante que muitos autores entendem que o Estado desse período pode ser qualificado como “Estado Teocrático”. A influência predominante foi religiosa, afirmando-se a autoridade dos governantes e as normas de comportamento individual e coletivo como expressões da vontade de um poder divino⁹⁰.

Para o juiz alemão Georg Jellinek a “teocracia” significa, em termos gerais, que existe estreita relação entre o Estado e a divindade, no entanto, esclarece que esse sistema pode acontecer de duas formas diferentes:

a) em certos casos, o governo é unipessoal e o governante é considerado um representante do poder divino, confundindo-se, às vezes, com a própria divindade. A vontade do governante é sempre semelhante à da divindade, dando-se ao Estado um caráter de objeto, submetido a um poder estranho e superior a ele; b) em outros casos, o poder do governante é limitado pela vontade da divindade, cujo veículo, porém, é um órgão especial: a classe sacerdotal. Há uma convivência de dois poderes, um humano e um divino, variando a influência deste, segundo circunstâncias de tempo e lugar⁹¹.

⁸⁸ BÍBLIA SAGRADA. **Antigo e novo testamento**. Tradução do Padre Antônio Pereira de Figueiredo. Rio de Janeiro: Edição Barsa para a Família Católica, impressão *Catholic Press*, 1969. Evangelho de São Marcos, capítulo 12, versículo 17.

⁸⁹ COULANGES, Fustel de. *Op. cit.*, p. 266.

⁹⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. 1993. *Op. cit.*, p. 53 (grifo do autor).

⁹¹ Georg Jellinek *apud* DALLARI, Dalmo de Abreu. 1993. *Op. cit.*, p. 53.

Percebe-se, portanto, que duas características fundamentais peculiarizam o Estado da Idade Antiga: a natureza unitária e a religiosidade. O elemento “soberano” ainda não fazia parte do que se denomina “Estado Antigo”.

O momento de transição entre a Idade Antiga e a Idade Moderna é chamado de Idade Média, período marcado pela intensa religiosidade humana. Impulsionados pelo apelo religioso, arraigado no cotidiano dos povos medievais, formou-se uma consciência pública no sentido de se construir um povo único, crente num único Deus: a cristandade. Os povos medievais desenvolveram uma capacidade singular de pensar e agir em conjunto, cuja explicação está na religiosidade, ou seja, “o sentido da transcendência arrancava o indivíduo da sua condição particular” e o impulsionava “rumo a um ideal absoluto, tal como uma terra santa a ser libertada, uma igreja a ser construída, ou então, com obstinada candura, um herege a ser queimado vivo”⁹².

Trata-se de um período de transição e por isso mesmo, conturbado. Os povos antigos viviam num Estado de certo modo estável e seguro. A religião e o Estado formavam um todo. Cada povo adorava o seu deus e cada deus governava o seu povo. O mesmo código regulava as relações entre os seres humanos e os deveres para com os deuses da cidade. A religião dominava o Estado e designava-lhe seus chefes. O Estado, por sua vez, intervinha no mundo da consciência de cada um e punia toda infração aos ritos e ao culto da cidade. Mas o porvir da Idade Média rompeu a ordem. Ouve a separação entre a religião e o Estado. A Idade Média é marcada pela luta entre o poder do Estado e poder da Igreja.

Muito se escreveu sobre a Idade Média, geralmente classificada como “era negra”. Essa visão preconceituosa da época deturpa e esconde seu importante legado. Enfatiza-se que a Idade Média não foi o período negro de uma historiografia já superada, nem a “noite resplendente de estrelas” de August Wilhelm von Schlegel (poeta, tradutor e crítico alemão, 1767-1845). “Foi um período de lenta, e talvez dolorida, fecundação de idéias e técnicas que prepararam os tempos modernos”⁹³.

⁹² MARCHI, Cesare. **Grandes pecadores, grandes catedrais**. Tradução de Píer L. Cabra. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 39.

⁹³ BARSA, Enciclopédia. 1969b. *Op. cit.*, p. 409.

Também no âmbito do “Estado”, consiste num período muito difícil, por instável e heterogêneo⁹⁴, mas de grande importância à preparação da sociedade humana para que atingisse a verdadeira noção do “universal”. Os princípios informativos das sociedades políticas medievais quebraram a rígida e bem definida organização romana, revelando novas possibilidades e novas aspirações, que culminaram no Estado Moderno⁹⁵. Talvez a principal característica dessa época foi à personalização do poder: de um lado o poder do Estado e de outro o poder da Igreja (cristianismo), ambos utilizando como meio coativo “a força”⁹⁶.

Coube ao cristianismo separar a religião do Estado. Neste período, a região estava sob domínio do Império Romano. Jesus Cristo foi perseguido a pedido do imperador Caio Júlio César Otaviano Augusto, porque defendia idéias contrárias aos interesses da época. O cristianismo pretendia quebrar a aliança que o paganismo (vários deuses - politeísmo) e o Império procuravam reatar, e proclamava que a religião não é mais o Estado, sendo que obedecer ao imperador (César) já não era o mesmo que obedecer a Deus. Jesus Cristo professava que nada existia de comum entre o Estado e a religião; sua teoria separa tudo quanto toda a Antiguidade confundira. Prometendo a liberdade, a doutrina cristã conseguiu rápida adesão. Recorde-se que na época a religião era onipotente e exercia império absoluto sobre seus membros, cenário onde não podia existir liberdade individual. O grande número de seguidores do cristianismo fez com que, em 313 d.C., o imperador romano Constantino (*Flavius Valerius Constantinus*) concedesse liberdade de culto. Na mesma época Constantino se converteu ao cristianismo e dá por encerrada a perseguição aos cristãos. Mais tarde, no ano 392 d.C., o cristianismo foi transformado na religião oficial do Império Romano. Dominando o cenário religioso, a Igreja transformou-se na instituição mais poderosa da sociedade medieval⁹⁷, sendo que o Estado, de outro lado, se em determinados negócios exerceu maior soberania, seu campo de ação tornou-se mais limitado, já que o domínio da parte espiritual do indivíduo lhe escapava:

O cristianismo ensinava ao homem que só pertencia à sociedade por uma parcela da sua personalidade, que não estava sujeito à sociedade senão pelo seu corpo e pelos seus interesses materiais; que, vassalo de um tirano, deve submeter-se-lhe; cidadão de uma república, deve dar a vida por ela, mas que, quanto à sua alma, o homem é livre e só a Deus pertence⁹⁸.

⁹⁴ De outra natureza, diferente.

⁹⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. 1993. *Op. cit.*, p. 56.

⁹⁶ *Idem, ibidem*, p. 56.

⁹⁷ COULANGES, Fustel de. *Op. cit.*, p. 158; 264.

⁹⁸ *Idem, ibidem*, p. 265.

Contudo, embora vivendo um momento de fracionamento de poder e nebulosa noção de autoridade, decorrência da partilha de poder entre Igreja e Estado, permanece presente no poder estatal “o desejo de unidade e de força”, na busca de uma “grande unidade política, que tivesse um poder eficaz como o de Roma e que, ao mesmo tempo, fosse livre da influência de fatores tradicionais [rituais religiosos], aceitando o indivíduo como um valor em si mesmo”⁹⁹, ou seja, uma unidade política de indivíduos livres.

E foi o próprio cristianismo que se tornou a base da aspiração à universalidade, a partir da doutrina que promovia a igualdade dos indivíduos perante Deus. Assim, num momento em que não se via claramente uma unidade política, afirma-se a unidade da Igreja. “Como havia a aspiração a que toda a humanidade se tornasse cristã, era inevitável que se chegasse à idéia do Estado universal”. Desse modo, “a própria Igreja vai estimular a afirmação do Império como unidade política, pensando, obviamente, no Império da Cristandade”¹⁰⁰.

Foi com esse objetivo que o Papa Leão III (750-816), no ano de 800 d.C., conferiu ao então rei dos lombardos¹⁰¹ Carlos Magno (768-814), o título de Imperador Romano do Ocidente. Porém o propósito não se confirmou, já que os fortes grupos sociais da época (senhorios, comunas, corporações de ofícios) ansiavam pela independência e resistiram ao poder do Imperador. A par disso, o próprio Império se recusou a se submeter à autoridade da Igreja, mais do que isso, pretendeu influenciar em assuntos eclesiásticos. Tem início uma acirrada luta entre os poderes da Igreja e do Império Romano, que se estendeu nos últimos séculos da Idade Média, terminando apenas com o nascimento do Estado Moderno, quando se afirma a supremacia absoluta dos monarcas¹⁰². Nas palavras de Dalmo de Abreu Dallari:

Conjugados os três fatores: o cristianismo, a invasão dos bárbaros e o feudalismo resultam a caracterização do Estado Medieval, mais como aspiração do que como realidade: um poder superior, exercido pelo Imperador, com uma infinita pluralidade de poderes menores, sem hierarquia definida; uma incontável multiplicidade de ordens jurídicas, compreendendo a ordem imperial, a ordem eclesiástica, o direito das monarquias inferiores, um direito comunal que se desenvolveu extraordinariamente, as ordenações dos feudos e as regras estabelecidas no fim da Idade Média pelas corporações de ofícios¹⁰³.

⁹⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. 1993. *Op. cit.*, p. 56.

¹⁰⁰ *Idem, ibidem*, p. 56-7.

¹⁰¹ Povo germânico oriundo da Escandinávia - norte da Europa.

¹⁰² DALLARI, Dalmo de Abreu. 1993. *Op. cit.*, p. 57.

¹⁰³ *Idem, ibidem*, p. 59.

A grande diferença contrastante entre a Idade Média e a Idade Moderna, segundo, Eelco N. van Kleffens:

[...] está em que a Idade Média, a despeito de toda a diversidade, perturbação e poucos contatos, havia um forte aceno a apontar para a unidade, ao passo que na época moderna, a despeito de toda a semelhança e laços íntimos (a perturbação infelizmente mantém-se), o acento, pelo menos até agora, passou antes a apontar predominantemente para a separação. Este sentido medieval de unidade era, já se vê, oposto, pela sua própria natureza, ao crescimento de Estados soberanos iguais, no sentido moderno. Veremos como eles surgiram, no entanto, precisamente neste período¹⁰⁴.

De acordo com o citado autor, ainda que não existisse a própria palavra soberania:

[...] contra a persistente idéia de que o Estado soberano, desconhecido na Idade Média, é produto da Renascença e da Reforma, houve na Idade Média muitos Estados soberanos, alguns pequenos, mas outros muito vastos, e todos muito importantes à luz da história¹⁰⁵.

É, portanto, na Idade Média que o Estado Moderno finca suas raízes. Celso Duvivier de Albuquerque Melo informa que “é na Idade Média que surge o primeiro Estado Moderno, com Frederico II da Suábia no reino da Sicília, que cria a primeira monarquia absoluta, durante a primeira metade do século XIII”¹⁰⁶; e finaliza:

Nos séculos XVI e XVII o “Estado” existente na Idade Média vai se transformar no Estado Moderno. Provavelmente, desde a guerra dos hussitas (século XV) começa a diminuir o papel da cavalaria na guerra, devido ao uso de canhões e armas de fogo portáteis. As despesas que as novas armas impunham exigia uma organização centralizadora para aumentar a arrecadação. A guerra foi uma grande pressão para a “construção da nação”. Os fatores militares ou geo-estratégicos auxiliaram na fixação das fronteiras¹⁰⁷.

A Idade Média conheceu muitos Estados soberanos, embora o Papa reivindicasse a suprema soberania espiritual. No âmbito doutrinário, o sentido do conceito medieval de soberania reaviva as palavras de Proculo (uma potência estrangeira é aquela que não está sujeita ao poder de nenhum outro povo) e se exterioriza por meio de duas faces:

Uma olha para fora, para o mundo exterior e diz respeito às relações externas, aos negócios estrangeiros; era esta face que o Digesto se referia, quando como vimos, definia uma nação livre como “não estando sujeita ao poder de outra nação”. Mas em complemento desse lado negativo há outro uma face positiva, uma face que olha para dentro, e se refere ao poder de uma nação para regular os seus próprios negócios; chamai-lhe autonomia, se quiseres. Estes aspectos são aquilo que correntemente se chama “soberania externa” e “soberania interna”,

¹⁰⁴ KLEFFENS, Eelco Nicolas van. *Op. cit.*, p. 26.

¹⁰⁵ *Idem, ibidem*, p. 36.

¹⁰⁶ MELO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 13 ed., v. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 339.

¹⁰⁷ *Idem, ibidem*, p. 340 (grifo do autor).

sendo o estudo de um objeto do direito internacional, e o da outra matéria do direito constitucional e administrativo¹⁰⁸.

Mesmo esmagada entre as reivindicações rivais de imperadores e papas, situação que impediu o desenvolvimento da doutrina da soberania, sua presença não pode ser desprezada. Em aditamento ao conceito de Proculo, no Digesto, as duas faces da soberania eram visíveis. Para além disso, segundo Eelco N. Van Kleffens, “é possível apontar nada menos de duas tentativas medievais para formular uma doutrina de soberania”. Trata-se da doutrina do jurista italiano Marino de Caramanico (segunda metade do século XIII) e da doutrina de São Tomás de Aquino (1225 a 1274)¹⁰⁹.

Marino de Caramanico com fundamento no direito romano tratou da soberania como se ela fosse propriedade no sentido do direito civil romano:

Um rei livre (isto é, em conformidade com a fórmula de Proculo, que Marino de Caramanico usa (*qui nullis alterius potestati subiectus est*) é igual a um imperador, e é, portanto, aquilo que nós chamamos soberano (e a que Marino de Caramanico chama *princeps*), tal como a imperador. Pois como o imperador, esse rei livre faz leis. Em assuntos temporais, tanto o rei como o imperador tem o direito de dar ordens e de ver as suas ordens cumpridas; tudo num reino, incluindo o produto do saque, pertence ao rei; precisamente como num império pertence ao imperador. Os reis como os imperado Marino de Caramanico aponta que na compilação de Justiniano, as palavras “real” e “imperial” são usadas indistintamente e que a palavra *princeps* se aplica ao rei ou ao imperador. Não se deve esquecer, também, acrescenta ele, que não há só “um” imperador, mas que há dois ou três: um no Ocidente, um no Oriente e ainda um - diz ele - dos búlgaros¹¹⁰.

Ao lado dessa teoria fundada no direito romano, a Idade Média tinha também uma teoria da soberania bastante diferente, esposada por São Tomás de Aquino. Enquanto Marino de Caramanico apelava para o direito justiniano, São Tomás de Aquino, guiado pela teologia cristã, busca suporte às suas idéias nos escritos de Aristóteles e na Bíblia, sendo que o direito romano desempenha papel meramente secundário. Sua tendência era universalista, já que a par da vasta cultura e conhecimento do mundo, também funcionava como servidor de uma Igreja que quer ser universal. São Tomás de Aquino foi original em sua doutrina ao tomar como ponto de partida de seu pensamento não a Igreja e o Império, mas o ser humano, a quem chama de *naturaliter animale sociale et politicum*. Embora nunca tenha utilizado a palavra “soberania”, mas o termo *principatus*, São Tomás de Aquino ensina que os Estados fazem parte da grande comunidade universal da

¹⁰⁸ KLEFFENS, Eelco Nicolas van. *Op. cit.*, p. 39-40 (grifos do autor).

¹⁰⁹ *Idem, ibidem*, p. 43-4.

¹¹⁰ *Ibid*, p. 44 (grifos do autor).

humanidade, com uma lei divina e uma lei comum natural, com a qual deve o direito de Estado estar em conformidade¹¹¹.

São Tomás de Aquino concebia o Estado (*civitas*), como a autoridade dada por Deus, definindo a “comunidade perfeita” como aquela com plena autoridade, cuja principal missão é assegurar o bem comum, um fim objetivo que não podia ser sujeito a interpretações arbitrárias ou egoístas. São Tomás de Aquino também concebeu, a exemplo de Marino de Caramanico, que o conceito de soberania apresenta duas faces: aponta como principais atributos internos de um Estado soberano os poderes de legislar, de levantar taxas para a realização do bem comum, de punir criminosos e de declarar guerra. No âmbito externo, define o Estado como “o igual de todos os outros”, sendo, em princípio, independente, no sentido do “mais alto grau de independência possível em quaisquer circunstâncias e em todos os campos - material e imaterial, conforme a exigida pelo *bonum commune*”¹¹².

Apesar do germe da doutrina da soberania, os principais elementos que se fizeram presentes na sociedade política medieval, conjugando-se para a caracterização do Estado Medieval, foram: o cristianismo, as invasões dos bárbaros e o feudalismo¹¹³. Nessa época a ordem era bastante precária, principalmente em decorrência da transformação de padrões tradicionais e pela constante situação de guerra entre a Igreja e o Império. Havia permanente instabilidade política, econômica e social, gerando uma intensa necessidade de ordem e de autoridade, terreno fértil para o afloramento do Estado Moderno e sua doutrina da soberania¹¹⁴.

A civilização moderna é marcada pelos descobrimentos marítimos, pelo grande comércio, pelo uso da imprensa e da pólvora, e foi nesse período da história humana que se empregou em definitivo a palavra “Estado”, para designar as classes do reino. São os três Estados: clero, nobreza e povo, os quais na França se chamavam “Estados Gerais”, na Inglaterra “Parlamento”, na Alemanha “Dieta” e na Espanha e Portugal “Corte do Reino”. Do século XVI em diante, o termo italiano *Stato* se incorpora à linguagem corrente,

¹¹¹ KLEFFENS, Eelco Nicolas van. *Op. cit.*, p. 48.

¹¹² *Idem, ibidem*, p. 48-9.

¹¹³ DALLARI, Dalmo de Abreu. 1993. *Op. cit.*, p. 56.

¹¹⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. 1993. *Op. cit.*, p. 59.

adquire foros de universalidade e se generaliza, para designar a todo Estado, na tradução correspondente de qualquer língua¹¹⁵.

No período moderno, a aspiração à antiga unidade do Estado Romano, não conseguida pelo Estado Medieval, se intensificou, impulsionada pela nova distribuição da terra. Entre os senhores feudais (germanos e romanos), insatisfeitos com a tributação exacerbada dos monarcas e com as constantes guerras, situação que bloqueava o crescimento econômico e social, desenvolveu-se a idéia da busca da unidade estatal¹¹⁶. O Império Romano do Ocidente não resistiu às pressões e ruiu, formando-se em seu lugar diversos reinos que, baseados em tradições germânicas e romanas, inauguraram um novo tipo de sociedade: a sociedade feudal, que mais tarde, com a ascensão do mercantilismo dos séculos XV a XVIII, concretizaria um novo tipo de Estado, com unidade territorial e dotado de poder soberano absoluto, dando início à primeira forma de Estado Moderno.

Não se pode afirmar, com certeza e exatidão, quando aconteceu o surgimento do Estado Moderno dotado de poder soberano. Como visto, o Estado Moderno como conceito e como ordenamento político institucional começou a desenvolver-se na Europa ainda na Idade Média, a partir do século XIII¹¹⁷.

No âmbito doutrinário, foi na idade moderna que as palavras “soberania” e “soberano” passaram a “ser verdadeiramente acreditadas na linguagem do direito e da política, e que o Estado soberano fica definitivamente estabelecido como tema por excelência do direito internacional”¹¹⁸. E é nessa época, também, que emergem as diversidades de opiniões. É que o Estado Moderno era tratado pela lei como absolutamente igual aos demais, independentemente da extensão. Porém, a importância do Estado fundava-se na ordem dos fatos e não do direito. Era nesses termos que se dava o conceito geral de soberania no limiar da Idade Moderna.

Desde então o Estado passa a ser definido, basicamente, como o poder soberano sobre um grupo de pessoas de um determinado território¹¹⁹. Na síntese de Perry Anderson sobre o Estado Absolutista da Idade Moderna, a centralização econômica, o protecionismo e a expansão ultramarina engrandeceram o Estado feudal tardio, ao mesmo tempo em que

¹¹⁵ MENEZES, Anderson de. **Teoria geral do estado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 41-3.

¹¹⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. 1993. *Op. cit.*, p. 59-60.

¹¹⁷ MENEZES, Anderson de. *Op. cit.*, p. 41-3.

¹¹⁸ KLEFFENS, Eelco Nicolas van. *Op. cit.*, p. 53.

¹¹⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. 1993. *Op. cit.*, p. 101.

beneficiaram a burguesia emergente. Expandiram os rendimentos tributáveis de um, fornecendo oportunidades comerciais à outra, porém, o domínio do Estado Absolutista permanecia nas mãos da nobreza feudal. Na constatação do citado autor, esse regime econômico-político da propriedade perdurou por toda a Idade Moderna, beneficiando os senhores feudais ou nobreza e a Igreja, como titulares do domínio sobre vastas áreas de terras. O regime se transformou em forma de exploração, gerando movimentos de revolta¹²⁰.

Com o passar do tempo, agora já nos fins do século XVI, as circunstâncias e as concepções tinham mudado tanto, comparadas com as últimas décadas da Idade Média, que parecia “sentir-se de novo a necessidade de uma exposição da doutrina da soberania”, capaz de refletir “as novas idéias de uma comunidade mundial internacional, governada pelo direito, liberta das reminiscências da supremacia imperial ou papal, isenta das fanfarronices feudais e tanto quanto possível livre dos preconceitos escolásticos”. Surge, então, a teoria de Jean Bodin (1530-1596¹²¹ - *De lá Republique*, publicada em 1576), considerado por alguns autores como iniciador da doutrina da soberania¹²².

Para Jean Bodin a soberania não está limitada por nenhum poder superior. Trata-se de um “poder mais alto sobre cidadãos e súditos, e não está sujeito às leis”. Contudo, não queria dizer que um soberano esteja acima de toda lei:

Jean Bodin faz uma distinção entre lei e leis, e enquanto que o soberano está acima das leis particulares do país que ele governa, contudo, como membro da comunidade geral da raça humana, está sujeito à lei divina e natural e à lei das nações, “pois mesmo que se defina a soberania como isenta de todas as leis, contudo não há soberano algum que tenha a plenitude dos direitos soberanos, visto que a lei divina e a lei natural os abrange a todos, assim como a lei comum a todas as nações”¹²³.

¹²⁰ ANDERSON, Perry. **Linhagens do Estado Absolutista**. São Paulo: Brasiliense, 1985. p. 40.

¹²¹ Jurista francês, publicou vasta obra de teoria política, que se destacou pelos conceitos emitidos sobre a soberania e o direito divino dos reis. As noções de soberania surgiram num momento em que a França se via assolada pelas guerras de Religião do século XVI. Foi o medo da anarquia que levou Jean Bodin a sustentar que para preservar a ordem social deveria existir uma vontade suprema soberana, e escrever que: “nada havendo de maior sobre a terra, depois de Deus, que os príncipes soberanos, e sendo por Ele estabelecidos como seus representantes para governarem os outros homens, e necessário lembrar-se de sua qualidade, a fim de respeitar-lhes e reverenciar-lhes a majestade com toda a obediência, a fim de sentir e falar deles com toda a honra, pois quem despreza seu príncipe soberano, despreza a Deus, de Quem ele é a imagem na terra” (Jean Bodin *apud* CHEVALIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1966. p. 58).

¹²² KLEFFENS, Eelco Nicolas van. *Op. cit.*, p. 67.

¹²³ KLEFFENS, Eelco Nicolas van. *Op. cit.*, p. 70 (grifo do autor).

Acrescenta, ainda, que nenhum soberano pode alterar a lei divina e a lei natural¹²⁴. De modo similar a Proculo, Marino de Caramanico e São Tomás de Aquino, Jean Bodin utilizou o critério de considerar soberano aquele que não tem superior acima de si. Sua noção de soberania, como autoridade suprema dentro do Estado também não era original, pois já apresentada na Idade Média. A novidade trazida por Jean Bodin, no âmbito do direito internacional, está no fato de ter associado este direito com a idéia de uma comunidade mundial, governada pelo direito natural. Nas palavras de Jean Bodin:

[...] o poder soberano é considerado, sem discussão possível, como inerente à própria noção, sadiamente compreendida, de comunidade política. [...] A soberania é a força de coesão, de união da comunidade política, sem a qual esta se deslocaria. Ela cristaliza o intercâmbio de comando e obediência, imposto pela natureza das coisas a todo grupo social que quer viver. É o poder absoluto e perpétuo de uma república. Só é soberano, por definição, aquele que em nada depende de outrem, nem do Papa, nem do Imperador; que tudo resolve por si mesmo; que não está ligado por vínculo algum de sujeição pessoal; cujo poder não é temporário, nem delegado, nem tampouco responsável perante qualquer outro poder sobre a terra¹²⁵.

Portanto, a soberania foi definida por Jean Bodin como o poder absoluto que o chefe de Estado tem de fazer leis para todo o país, sem estar, entretanto, sujeito a elas nem às de seus predecessores, porque “não pode dar ordens a si mesmo”. A República (sinônimo de Estado ou de comunidade política), sem o poder soberano não é mais República. Além de absoluta, a soberania é considerada, também, perpétua e indivisível.

Segundo o citado jurista francês, a soberania pode ser exercida por um príncipe (caracterizando uma monarquia), por uma classe dominante (caracterizando uma aristocracia) ou pelo povo inteiro (seria uma democracia), mas ressalta que a soberania somente podia ser efetiva na monarquia, porque esta dispõe da unidade indispensável à autoridade do soberano.

Assim, foi na França do século XVI que se desenvolveu a teoria da soberania absoluta do rei, que concebia a soberania do rei como sendo originária, ilimitada, absoluta, perpétua e irresponsável em face de qualquer outro poder temporal ou espiritual. O poder de soberania era o poder pessoal do rei e não admitia limitações. O destacado teórico era contraditório quando admitiu a limitação do poder de soberania pelo direito natural. As

¹²⁴ *Idem, ibidem*, p. 70.

¹²⁵ Jean Bodin *apud* FINKELSTEIN, Cláudio. *Op. cit.*, p. 73-4.

noções de soberania do jurista constituíram as bases da ciência política e do direito público durante o Antigo Regime e sua influência ultrapassou as fronteiras da França¹²⁶.

Todavia, a documentação da existência desse novo tipo de Estado soberano se deu quase um século depois de Jean Bodin, com os tratados de paz de Westfália ou, simplesmente “Paz de Westfália” (tratados de paz assinados entre 1648-1659¹²⁷). A Paz de Westfália reconheceu, pela primeira vez na história humana, a soberania de cada um dos Estados envolvidos¹²⁸. O Tratado de Paz de Westfália veio confirmar o colapso da autoridade papal e imperial, como princípio básico da ordem internacional. “Sancionou-se o aparecimento de vários Estados soberanos novos, e a doutrina de que daí em diante os Estados soberanos independentes passariam a ser os alicerces do mundo político”¹²⁹.

O Tratado de Paz de Westfália substituiu o conceito do antigo sistema medieval, que considerava como autoridade suprema o Papado e o Império, que tinham o Papado, depositários do direito de intervenção nos assuntos internos dos principados e reinos, pelo conceito de soberania de Estado. Os Estados passaram a ter direitos iguais, com fundamento numa ordem intergovernamental formada por tratados e leis internacionais. Essa situação se mantém, de algum modo, até os dias de hoje, apesar do movimento crescente no sentido de suspender as garantias de privacidade de qualquer Estado de frente de situações de emergência ou de violação flagrante dos direitos humanos.

Antônio Celso Alves Pereira afirma que:

A partir do fim das guerras religiosas a nova sociedade internacional com base no direito internacional resultante da Paz de Vestfália (1648), sistema interestatal que se fundamenta no respeito à soberania dos Estados europeus. Surge um direito internacional eminentemente europeu com vistas à legalização dos interesses e privilégios regionais, consagrando, até o término da Primeira Guerra Mundial o direito à guerra, à conquista e ocupação de territórios ultramarinos pelas potências colonialistas, e, da imposição de tratados desiguais aos Estados não-europeus. A Paz de Vestfália, que desenhou o mapa político da Europa que vigoraria praticamente por trezentos anos, resultou de negociações diplomáticas e da assinatura em 1648 dos Tratados de Münster e Osnabrück, documentos que puseram fim à Guerra dos Trinta Anos. Desde então, o Estado moderno apresenta três características: a primeira é explicada pela autonomia consubstanciada na plena soberania do Estado; a segunda estaria na distinção que passou a existir entre Estado e sociedade civil; e a terceira, no fato de que o Estado medieval era propriedade do senhor = Estado patrimonial¹³⁰.

¹²⁶ CHEVALIER, Jean-Jacques. *Op. cit.*, p. 58-0.

¹²⁷ Tratados que encerraram a “Guerra dos Trinta Anos” (1618 -1648) caracterizada pela série de conflitos religiosos e políticos que ocorreram principalmente na Alemanha, mas que se estendeu por toda a Europa.

¹²⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. 1993. *Op. cit.*, p. 60.

¹²⁹ KLEFFENS, Eelco Nicolas van. *Op. cit.*, p. 74.

¹³⁰ PEREIRA, Antônio Celso Alves. *Op. cit.*, p. 26-7.

Antes do século XVIII, o Estado soberano era o que se pode chamar de “Estado territorial”. Nas explicações de Eelco N. Van Kleffens, tratava-se de “um Estado sobre o qual se exercia a autoridade suprema num certo território, pertencendo este, principalmente, no Continente europeu, a um poder que nessa altura manejava a autoridade pública: o rei, o imperador ou o czar”. Essa situação se modificou muito a partir dos movimentos revolucionários burgueses.

A primeira grande revolução da história moderna foi a Revolução Inglesa (1640-1648), motivada pelo conflito de interesses entre a nobreza feudal e a burguesia urbana e agrária (mercadores). Enquanto os grandes senhores de terras apoiavam o rei (rei Charles I ou Carlos I), a burguesia controlava o Parlamento através de seus representantes na Câmara dos Comuns. Aliada a questões de natureza política e econômica, estava a disputa religiosa. O soberano pretendia impor a religião anglicana a toda a nação, e os protestantes dissidentes, na maioria burgueses, opunham-se a isso. A vitória da burguesia consumou-se quando o político britânico e líder da causa parlamentar Oliver Cromwell (1599-1658) derrotou as forças do rei Carlos I e assumiu a liderança (1649)¹³¹.

Porém, apesar da ascensão da burguesia, o feudalismo absolutista da Idade Média só desapareceu do cenário mundial com o advento da Revolução Francesa que aconteceu em 1789, marco histórico que recebeu a atribuição de ter dado início à Idade Contemporânea.

O período compreendido entre o final do século XVIII e início do século XIX é conhecido com a “era das revoluções¹³²”, momento em que a raça humana sobreviveu às inúmeras revoltas, como, por exemplo, a Revolução Americana (1776), a Revolução Francesa (1789) e a Guerra da Independência Hispano-americana (1898). São esses acontecimentos que caracterizam o início da Idade Contemporânea, período histórico que continua em aberto, compreendendo até os dias atuais.

A Revolução Americana começou em 1776, fruto do abandono em que viviam as colônias inglesas da América, e acabou com o reconhecimento dos Estados Unidos da

¹³¹ BARSA, Enciclopédia. **Revolução**. V. 12. São Paulo/Rio de Janeiro: *Enciclopaedia Britannica Editores*, Ltda., 1969c. p. 45.

¹³² “Série de acontecimentos econômicos, políticos e culturais, na maioria das vezes impulsionados por insurreições armadas, e dirigidos, numa primeira etapa, no sentido da destruição de regimes sociais historicamente condenados e, por isso, injustos. Em suas fases ulteriores, as revoluções visam à implantação de uma nova ordem de coisas, para retomar a marcha do progresso material e espiritual, comprometido e interrompido pela estagnação do sistema social derrubado” (BARSA, Enciclopédia. 1969c. *Op. cit.*, p. 44).

América pelo Reino Unido no Tratado de Paris de 1783. A Guerra da Independência dos Estados Unidos é chamada de “revolução” porque instituiu na conseqüente Constituição de 1787 (ainda vigente), uma república federal, a soberania da nação e a divisão tripartida dos poderes. Outrossim, influenciou as posteriores revoluções liberais que aconteceram na Europa, como, por exemplo, a Revolução Francesa, de 1789¹³³.

Por sua vez a Revolução Francesa consiste no conjunto de acontecimentos que, entre 1789 e 1799, alteraram o quadro político e social da França, e é considerada a mais importante das revoluções do ciclo das revoluções burguesas da história. Visava acabar com o antigo regime, caracterizado por uma estrutura hierarquizada - clero, nobreza e povo -, correspondente às monarquias absolutas e ao desenvolvimento do capitalismo comercial.

Uma das grandes falhas do regime monárquico absolutista, além da concentração de poderes na figura do rei, da desorganização fiscal, dos privilégios e abusos, foi a falta de unidade administrativa. Os impostos variavam de província para província, e cada uma destas mantinha suas instituições próprias e suas leis. Funcionavam várias organizações judiciais: além dos tribunais reais, havia os pertencentes aos senhores de terra, os das municipalidades e os da Igreja¹³⁴.

O povo francês não tolerava mais um regime de privilégios e abusos. Ademais, a monarquia absoluta representava um obstáculo à ascensão da burguesia, classe mais rica e instruída da nação. Os camponeses ainda viviam esmagados pelo sistema feudal que imperava no campo. “A nobreza e o alto clero possuíam as melhores e as mais extensas propriedades, enquanto o campesinato vergava sob peso dos impostos reais, do dízimo eclesiástico e dos direitos senhoriais”. Nesse cenário:

Era natural, portanto, que a burguesia não se conformasse em ser relegada a uma posição secundária na vida política do país. Ademais, a má administração das finanças públicas afetava diretamente seus interesses. Ela ansiava por uma mudança de regime que lhe permitisse participar da administração. A burguesia era, assim, a principal interessada na Revolução¹³⁵.

A Revolução Francesa aboliu a servidão e os direitos feudais e proclamou os princípios universais de “liberdade, igualdade e fraternidade” (*liberté, égalité, fraternité*), idealizados pelo político francês Jean Nicolas Pache (1746-1823).

¹³³ BARSÁ, Enciclopédia. 1969c. *Op. cit.*, p. 45.

¹³⁴ *Idem, ibidem*, p. 49.

¹³⁵ BARSÁ, Enciclopédia. 1969c. *Op. cit.*, p. 48-9.

Já a Guerra da Independência Hispano-americana foi um conflito armado que aconteceu em 1898 entre os Estados Unidos e a Espanha, e fez parte da estratégia dos Estados Unidos da América de expansão imperialista no mar do Caribe e no Oceano Pacífico, regiões que estavam sob o domínio espanhol. A derrota espanhola marca o fim de seu domínio sobre Cuba e Porto Rico e o início do imperialismo norte-americano pelo mundo. Depois da guerra, o governo norte-americano justificou suas ações com o argumento de que estava preparando as nações subdesenvolvidas para a democracia, já que a declaração de independência conteria o princípio de autodeterminação nacional.

Todas essas revoluções burguesas se assentaram na idéia do Estado-nação como conceito superior, eis que as teses da soberania popular e da liberdade individual do filósofo suíço Jean Jacques Rousseau (1712-1778), um dos principais inspiradores da segunda fase da Revolução Francesa, provê as bases para a consolidação deste novo conceito de Estado.

Ao longo do século XIX, o poder do Estado-nação se fortalece na Europa, sob influência direta do sentimento nacionalista. Surgiram nesse momento novos Estados centralizados, como a Alemanha e a Itália, sendo que os Estados Unidos da América puderam realizar seu destino manifesto, transformando-se em um grande Estado continental. O Estado territorial dá lugar ao Estado nacional. O acento tônico passou para a nação. Esta nova doutrina nacionalista se espalhou sobre vastas regiões, e foi esta a concepção prevalente no século XIX, reforçada pelo liberalismo que acentuava mais ainda a autonomia individual. Nas palavras de Eelco N. Van Kleffens:

O nacionalismo foi, em todos os tempos e em toda a parte, um fator muito poderoso para consolidar o Estado soberano. Além disso, o nacionalismo incitou os Estados a incorporarem dentro das suas fronteiras todos os que pertenciam à mesma nação. O caráter homogêneo de tais Estados, que assim se alcançava, aumentava ainda mais a sua consciência de serem unidades completas e fechadas em si mesmas¹³⁶.

Já no século XX, evidenciaram-se as máximas expressões de estadolatria (culto da onipotência do Estado em detrimento da liberdade individual) decorrente do fascismo, do comunismo e dos novos Estados surgidos do desmembramento dos impérios coloniais. É importante ressaltar que durante boa parte do século XX, em decorrência da Guerra Fria (1945-1991) o mundo girou em torno de um sistema de relações internacionais bipolarizado em dois grandes Estados: Estados Unidos da América e União Soviética, que

¹³⁶ KLEFFENS, Eelco Nicolas van. *Op. cit.*, p. 77.

disputavam a hegemonia política, econômica e militar no mundo. Os Estados Unidos da América desejavam que essa hegemonia fosse do regime capitalista, enquanto que a União Soviética defendia o socialismo. Com o desmembramento em vários países sofrido pela ex-União Soviética, o capitalismo conseguiu a hegemonia e aos poucos foi sendo implantado nos países socialistas.

No entendimento de Manuel Cambeses Júnior, com o fim da Guerra Fria, a última década do século XX transformou-se na “era do ocaso dos Estados”. No seu pensar, o século XX levou o Estado a limites nunca vistos: a estodolatria dos totalitarismos fascista e comunista, a identificação do Estado-nação com o processo de descolonização na Ásia e na África, a contraposição de dois grandes Estados e seus respectivos aparatos e sistemas de alianças e o cataclismo nos alicerces da noção de Estado do final do século XX até os dias atuais, o que tem levado ao que chama de uma intensa “crise histórica”¹³⁷.

Ainda na opinião de Manuel Cambeses Júnior, a concepção de Estado como instituição fundamental está em crise. Argumenta que na seara política, o poder do Estado está tendendo para direções distintas: no sentido vertical, para cima em direção aos organismos supranacionais e coletivos, tais como a Organização das Nações Unidas, fundada oficialmente no dia 24 de outubro de 1945, em São Francisco, na Califórnia, a União Européia, existente desde a década de cinquenta, e a Organização Mundial de Comércio, fundada em 1995; e para baixo, em direção às regiões cada vez mais autônomas, as quais se consideram representativas de identidades étnicas e culturais. No sentido horizontal, para organizações não-governamentais enraizadas com a sociedade civil que emergem no interior dos próprios Estados. Dessa forma, o Estado vai perdendo seu caráter de articulador fundamental da vida nacional e de interlocutor natural em matéria internacional. Nas suas palavras:

Sob o influxo da globalização, os Estados vão se desfazendo de boa parte das funções que os caracterizavam, adentrando em processos de privatização e abandono de serviços públicos. Cada vez menos os Estados se distinguem das corporações privadas e cada vez mais vão se regendo pelas mesmas normas de competitividade. Os cidadãos, crescentemente desassistidos e ansiosos, observam como, ao seu redor, tudo passa a reger-se pelas exigências e pela ética do capital privado. A inevitável erosão da lealdade do cidadão para com o Estado vê-se reforçada com o desgaste da identidade nacional que a globalização traz em seu bojo. É o resultado inevitável da homogeneização planetária. De alguma maneira, o fenômeno globalizador vai pressionando, de cima para baixo, o

¹³⁷ CAMBESES JÚNIOR, Manuel. **O Estado**: apreciação sob quatro enfoques. In: *Escola Superior de Guerra*, Rio de Janeiro, junho de 2002. Disponível em: <<http://www.esg.br/publicacoes/artigos/a076.html>>. Acesso em: 12 mai. 2008. p. 1.

Estado, através de uma intensa ação asfixiante. A única resistência capaz de interpor-se a essa ação devastadora e implacável é representada pelos núcleos de identidades subsistentes; ou seja, os fundamentalismos e os etnicismos desatados, que conspiram sistematicamente contra os Estados, destruindo seus alicerces¹³⁸.

Essa tese verifica um paradoxo no Estado Contemporâneo: a crise do Estado tem vindo acompanhada do surgimento indiscriminado de novos Estados. Na sua conclusão:

Quatro elementos centrais explicariam o processo em marcha. Em primeiro lugar, os núcleos radicais de identidade que buscam conformar Estados que atendam às suas particulares características. Em segundo lugar, a possibilidade de encontrar, a nível planetário, os elementos de complementaridade e integração que davam sentido ao Estado. Em outras palavras, na medida em que os Estados se integraram, a nível global, e deixaram de ser unidades de auto-sustentação, torna-se possível que suas regiões componentes possam aspirar a uma existência independente. Em terceiro lugar, o próprio fato de que o êxito na economia global não é determinado pela quantidade de recursos naturais, mas, pela qualidade de seus recursos humanos. Os segmentos e regiões mais avançados do interior dos Estados começam a ver, como uma carga desnecessária, os territórios e porções sociais mais atrasados, buscando desvencilhar-se deles. Em quarto lugar, sob a proteção dos organismos de segurança coletiva e do novo direito internacional, já é possível a subsistência de Estados débeis, tornando-se desnecessário o escudo protetor dos Estados mais fortes¹³⁹.

Significa dizer, neste pensar, que a crise enfrentada pelo Estado Contemporâneo traduz-se na própria fonte de sua proliferação, ou seja, os Estados ampliam-se em quantidade, porém significam cada vez menos em termos de soberania e autodeterminação, e neste centro de discussões e inseguranças encontra-se o ser humano¹⁴⁰.

Porém, essa não é a opinião de Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Embora reconheça uma “ordem internacional”, também verifica a submissão voluntária dos Estados, o que, na sua opinião, não fere a soberania e a autodeterminação do Estado aderente. Para o citado autor, existe, hoje, “uma forte tendência a sujeitar os Estados a uma autoridade, ou se quiser, a uma ordem internacional. Essa tendência integradora tem uma força e uma amplitude que nunca se manifestou antes na história humana”¹⁴¹. Nas suas palavras:

Sem dúvida, o primeiro impulso que nela se faz presente é a velha necessidade de segurança que sempre, através dos tempos, levou os Estados a aliarem-se uns aos outros. A unificação do globo produzida pelo progresso dos meios de comunicação, o sentimento de interdependência resultante do intercâmbio econômico, a aproximação das culturas, o reconhecimento da igualdade da natureza humana etc., tudo isso contribui para a integração internacional. Não

¹³⁸ CAMBESES JÚNIOR, Manuel. *Op. cit.*, p. 1.

¹³⁹ *Idem, ibidem*, p. 1.

¹⁴⁰ *Ibid*, p. 1.

¹⁴¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**: de acordo com a Constituição Federal de 1988. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 41.

chegou esta, porém, a firmar o princípio da supremacia da ordem internacional em outra base que não a da voluntária submissão dos Estados.

Continua expondo que:

A referida tendência levou ao estabelecimento, primeiro, da Liga das Nações [idealizada em janeiro de 1919, em Versalhes, Paris], depois, da Organização das Nações Unidas - ONU. Entretanto, os Estados que a esta se vinculam não abandonam a sua soberania. Isto é bem claro quando se considera que podem dela retirar-se, a qualquer momento, para não cumprir as suas determinações. Estas, portanto, não se impõem aos Estados como vontade de um poder a eles superior. A sua eficácia está condicionada ao assentimento dos próprios Estados aos quais se dirigem.

E finaliza:

Sua natureza, pois, não é muito diversa da das Confederações de Estados de que são tantos os exemplos históricos. Estas eram também ordens jurídicas que subordinavam os Estados enquanto estes a elas aderissem. Eram ordens internacionais, mas de domínio limitado intencionalmente. A diferença está, assim, no domínio pretendido, já que de fato a ordem que exprime a Organização das Nações Unidas - ONU não abrange atualmente todos os Estados. Na verdade, as confederações históricas representaram um estágio transitório na formação de novos Estados a partir de antigos Estados soberanos, sempre que um mínimo de cultura e de interesse comuns estavam à sua base. É possível supor, assim, que da Organização das Nações Unidas - ONU resulte a longo prazo o Estado Mundial¹⁴².

Verifica-se, portanto, que o processo contemporâneo de integração internacional dos Estados não se traduz em “crise do Estado” ou sua destruição, porque não verificada a propalada relativização da soberania, diante da faculdade do Estado em aderir ou não à ordem internacional. Contudo, a verificação, se na prática o Estado Contemporâneo vem ou não perdendo soberania e poder de autodeterminação, notadamente em face do direito internacional dos direitos humanos, será realizada de forma mais amiúde na segunda parte desta pesquisa.

Em breves notas, foram fixadas as características fundamentais do Estado ao longo da história humana. Dando seqüência à linha de pesquisa projetada, passa-se a apresentar as concepções teórico-doutrinárias de Estado.

¹⁴² *Idem, ibidem*, p. 41.

1.1.2 ACEPÇÕES TEÓRICO-DOCTRINÁRIAS DE ESTADO

No conceito tradicional, o Estado é tido como “uma associação humana (povo), radicada em base espacial (território), que vive sob o comando de uma autoridade (poder) não sujeita a qualquer outra (soberana)”¹⁴³. A esse conceito o jurista austríaco Hans Kelsen (1881-1973), em sua obra “teoria pura do direito” - publicada em 1934, quando a sociedade vivenciava o apogeu do poder ditatorial nazista¹⁴⁴ de Adolf Hitler (1889-1945), que se negava a obedecer a lei do Estado -, acrescenta o “direito”, mostrando que o Estado e seus elementos “povo, território e poder” só podem ser caracterizados juridicamente. Nas suas palavras:

Como comunidade social, o Estado - de acordo com a teoria tradicional do Estado - compõe-se de três elementos: a população, o território e o poder, que é exercido por um governo estadual independente. Todos estes três elementos só podem ser definidos juridicamente, isto é, eles apenas podem ser apreendidos como vigência e domínio de vigência (validade) de uma ordem jurídica¹⁴⁵.

Na definição de Dalmo de Abreu Dallari, o Estado é a “ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”. Nesse conceito, segundo seu próprio autor, está implícita na noção de poder, a soberania, referida como característica da própria ordem jurídica; e a politicidade do Estado é afirmada na referência expressa ao bem comum, com a vinculação deste a certo povo¹⁴⁶.

Não há como negar que a coletividade que é o “povo”¹⁴⁷, decorre de critérios que são fixados pela ordem jurídica estatal. O povo é formado por quem o direito estatal reconhece como integrante da dimensão pessoal do Estado, ou seja, pertence ao povo quem o direito do Estado assim declarar. É por isso que, para Hans Kelsen, o “povo” é o

¹⁴³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Op. cit.*, p. 39.

¹⁴⁴ “A Alemanha nazista, antes de ser um Estado Totalitário, é um Estado Discriminatório, que elegeu a raça como critério de diferenciação, capaz de quebrar o princípio da igualdade entre os seres humanos” (ALMEIDA, Guilherme Assis de. **A declaração universal dos direitos humanos de 1948**: matriz do direito internacional dos direitos humanos. p. 1-11. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; PERRONE-MOISÉS, Cláudia (coords.). *Direito internacional dos direitos humanos*: instrumentos básicos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 5).

¹⁴⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito** (*reine rechtslehre*). Tradução de João Baptista Machado. 6. ed., fevereiro de 1998; 3. tir., setembro de 1999. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 201.

¹⁴⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. 1993. *Op. cit.*, p. 101.

¹⁴⁷ Importa salientar que população, povo e cidadão não são termos sinônimos. População é a soma de todas as pessoas que habitam determinado território, em determinado momento. Povo é a soma dos naturais desse território. Cidadão é a parcela do povo que é titular de capacidade eleitoral ativa, ou seja, do poder de votar, e assim interferir nas decisões políticas e na vida institucional do Estado.

conjunto de todos aqueles para os quais vigora uma ordem jurídica: para os quais, especificamente, existe essa ordem jurídica. Nas palavras de Hans Kelsen:

A questão de saber se um indivíduo pertence a determinado Estado não é uma questão psicológica, mas uma questão jurídica. A unidade dos indivíduos que formam a população de um Estado em nada mais pode ver-se do que no fato de que uma e a mesma ordem jurídica vigora para estes indivíduos, de que a sua conduta é regulada por uma e a mesma ordem jurídica. A população do Estado é o domínio pessoal de vigência da ordem jurídica estatal¹⁴⁸.

Quanto ao território, via de regra, a doutrina o reconhece como indispensável à existência do Estado. Porém, enquanto para muitos é elemento constitutivo essencial do Estado, concebendo-o como um dos elementos materiais indispensáveis, outros o aceitam como condição necessária exterior ao Estado. O francês Georges Burdeau entende que o território, embora necessário, é apenas o quadro natural, dentro do qual os governantes exercem suas funções¹⁴⁹. Diversa é a opinião do austríaco Hans Kelsen, que também considera a delimitação territorial uma necessidade, no entanto, compreende que o território não chega a ser um componente do Estado, mas um espaço ao qual se circunscreve a validade da ordem jurídica estatal, sob o argumento de que muito embora a eficácia de suas normas possa extrapolar os limites territoriais, sua validade como ordem jurídica estatal depende de um espaço certo, ocupado com exclusividade. Nas suas palavras:

O território do Estado é um espaço rigorosamente delimitado. Não é um pedaço, exatamente limitado, da superfície do globo, mas um espaço tridimensional ao qual pertencem o subsolo, por baixo, e o espaço aéreo por cima da região compreendida dentro das chamadas fronteiras do Estado. É patente que a unidade deste espaço não é uma unidade natural, geograficamente definida. A um e mesmo espaço estadual podem pertencer territórios que estejam separados pelo mar, o qual não constitui domínio de um só Estado, ou pelo território de um outro Estado. Nenhum conhecimento naturalístico, mas só um conhecimento jurídico, pode dar resposta à questão de saber segundo que critério se determina os limites ou fronteiras do espaço estadual, o que é que constitui a sua unidade. O chamado território do Estado apenas pode ser definido como o domínio espacial de vigência de uma ordem jurídica estadual¹⁵⁰.

Para Dalmo de Abreu Dallari:

a) não existe Estado sem território. No momento mesmo de sua constituição o Estado integra num conjunto indissociável, entre outros elementos, um território, de que não pode ser privado sob pena de não ser mais Estado. A perda temporária do território, entretanto, não desnatura o Estado, que continua a existir enquanto não se tornar definitiva a impossibilidade de se reintegrar o território com os demais elementos. O mesmo se dá com as perdas parciais de

¹⁴⁸ Kelsen, Hans. 1999. *Op. cit.*, p. 201.

¹⁴⁹ Georges Burdeau *apud* DALLARI, Dalmo de Abreu. 1993. *Op. cit.*, p. 73-4.

¹⁵⁰ Kelsen, Hans. 1999. *Op. cit.*, p. 201.

território, não havendo qualquer regra quanto ao mínimo de extensão territorial; b) o território estabelece a delimitação da ação soberana do Estado. Dentro dos limites territoriais a ordem jurídica do Estado é a mais eficaz, por ser a única dotada de soberania, dependendo dela admitir a aplicação, dentro do âmbito territorial, de normas jurídicas providas do exterior. Por outro lado, há casos em que certas normas jurídicas do Estado, visando diretamente à situação pessoal dos indivíduos, atuam além dos limites territoriais, embora sem a possibilidade de concretizar qualquer providência externa sem a permissão de outra soberania; c) além de ser elemento constitutivo necessário, o território, sendo o âmbito de ação soberana do Estado, é objeto de direitos deste, considerado no seu conjunto. Assim é que, caso haja interesse do povo, o Estado pode até alienar uma parte do território, como pode também, em circunstâncias especiais, usar o território sem qualquer limitação, até mesmo em prejuízo dos direitos de particulares sobre porções determinadas¹⁵¹.

Em suma, pode-se dizer que o território é o domínio espacial de vigência de uma ordem jurídica estatal, isto é, além de ser um elemento constitutivo do Estado, é objeto de direitos deste, considerado no seu conjunto.

Já o poder se traduz no cumprimento das normas estatais. Só existe poder quando tem ele efetividade ou eficácia, quando globalmente os seus comandos são obedecidos. Dessa forma, no pensamento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

[...] o Estado coincide com a ordem jurídica. Consiste numa ordem coercitiva da conduta humana, mas com o caráter de organização. Isto é, instituindo órgãos que funcionam segundo o princípio da divisão do trabalho para a criação e a aplicação de normas, apresentando certo grau de centralização, que distingue de outras ordens jurídicas onde as normas se produziam consuetudinariamente¹⁵².

Na constatação de Dalmo de Abreu Dallari, existe uma tese que caracteriza o poder do Estado como poder político, incondicionado, sem limites para assegurar sua eficácia. Outra corrente qualifica o Estado como poder jurídico, nascido do direito e exercido exclusivamente para a consecução de fins jurídicos. Hans Kelsen é o principal defensor dessa última doutrina, argumentando, basicamente o que segue:

Costuma ver-se no exercício do poder do Estado uma manifestação de força (poder), que é tida como um atributo tão essencial do Estado que até se designa o Estado como poder e se fala dos Estados como “potências”, mesmo que não se trate de uma “grande potência”. O “poder” do Estado somente se pode manifestar nos meios de poder específicos que se encontram à disposição do governo: nas fortalezas e nas prisões, nos canhões e nas forças, nos indivíduos uniformizados como polícias e soldados. Mas estas fortalezas e prisões, estes canhões e forças são objetos inanimados; eles apenas se tornam instrumentos do poder estadual na medida em que sejam utilizados pelos indivíduos de acordo com as ordens que lhes são dadas pelo governo, na medida em que os policiais e soldados observem as normas que regulam a sua conduta. O poder do Estado não

¹⁵¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. 1993. *Op. cit.*, p. 76.

¹⁵² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Op. cit.*, p. 40.

é uma força ou instância mística que esteja escondida detrás do Estado ou do seu direito. Ele não é senão a eficácia da ordem jurídica¹⁵³.

E finaliza:

Desta forma, o Estado, cujos elementos essenciais são a população, o território e o poder, define-se como uma ordem jurídica relativamente centralizada, limitada no seu domínio espacial e temporal de vigência, soberana ou imediata relativamente ao direito internacional e que é, globalmente ou de um modo geral, eficaz¹⁵⁴.

Na ponderação de Dalmo de Abreu Dallari, a análise minudente sobre as características, a origem, as fontes e o funcionamento do poder estatal induz à conclusão de que o poder do Estado engloba as duas teses apresentadas, ou seja, se de um lado não se pode admitir o poder do Estado como estritamente político, de outro também não é exclusivamente jurídico. Dessa forma:

Quando se diz que o poder é jurídico isso está relacionado a uma graduação de juridicidade, que vai de um mínimo, representado pela força ordenadamente exercida como um meio para atingir certos fins, até a um máximo, que é a força empregada exclusivamente como um meio de realização do direito e segundo normas jurídicas¹⁵⁵.

Significa dizer que mesmo que o poder do Estado, com o intuito de melhor atender aos objetivos sociais, se apresente como poder político, sem se preocupar com o direito, participa, ainda que em menor escala, da natureza jurídica. Outrossim, quando atinge máximo grau de juridicidade, tendo sua legitimidade reconhecida pela ordem jurídica e objetivando fins jurídicos, continuará sendo um poder político, com capacidade para atuar com eficácia e independência à consecução de objetivos não-jurídicos¹⁵⁶. Essa ordem política e jurídica que é o Estado não está subordinada a outra ordem estatal: é, pois, soberana.

Muito embora controverso em suas origens, o conceito de soberania, na contemporaneidade, é considerado um dos alicerces da idéia de Estado, tendo sido de excepcional importância para que este se definisse, exercendo grande influência prática nos últimos tempos, sendo uma das características fundamentais do Estado¹⁵⁷. Algumas vezes a soberania é pontuada como um poder do Estado e outras uma qualidade do poder estatal.

¹⁵³ Kelsen, Hans. 1999. *Op. cit.*, p. 202 (grifos do autor).

¹⁵⁴ *Idem, ibidem*, p. 202.

¹⁵⁵ Dallari, Dalmo de Abreu. 1993. *Op. cit.*, p. 96; 97.

¹⁵⁶ *Idem, ibidem*, p. 97.

¹⁵⁷ Dallari, Dalmo de Abreu. 1993. *Op. cit.*, p. 63.

Hans Kelsen prefere definir a soberania como sendo a expressão da unidade de uma ordem. Expressa que:

Se os Estados - o que quer dizer: as ordens jurídicas estaduais - são, apesar disso, designados como “soberanos”, esta “soberania” dos Estados apenas pode significar que as ordens jurídicas estaduais só estão subordinadas à ordem jurídica internacional ou, expresso na terminologia usual, que os Estados são comunidades jurídico-internacionalmente imediatas¹⁵⁸.

Mais adiante Hans Kelsen expressa que:

Esta soberania do Estado é o fator decisivo para a admissão do primado da ordem jurídica estadual. Esta soberania não é qualquer qualidade perceptível - ou objetivamente cognoscível por qualquer outra forma -, um objeto real, mas é uma pressuposição: a pressuposição de uma ordem normativa com ordem suprema cuja validade não é dedutível de qualquer ordem superior. A questão de saber se o Estado é soberano não pode ser respondida através de uma análise da realidade natural. Soberania não é um máximo de poder real¹⁵⁹.

E conclui:

Dizer que o Estado é soberano não significa outra coisa senão que a fixação da primeira Constituição histórica se pressupõe como fato gerador de direito sem que a esse propósito se faça referência a uma norma do direito internacional que institua este fato como fato produtor de direito¹⁶⁰.

Dalmo de Abreu Dallari, procedendo a uma síntese de todas as teorias formuladas, verifica que a noção de soberania está sempre ligada a uma concepção de poder, pois segundo ele, “mesmo quando concebida como centro unificador de uma ordem, está implícita a idéia de poder de unificação”¹⁶¹. Portanto, soberania significa tanto supremacia do Estado na ordem política interna como independência na ordem política externa.

Por fim, aborda-se a problemática envolvendo a finalidade do Estado. Conforme Dalmo de Abreu Dallari:

Enquanto autores, como, por exemplo, Hans Kelsen se opõem a que a teoria geral do Estado se ocupe da finalidade do Estado, o primeiro por entender que se trata de uma questão política e por restringir os estudos da disciplina ao campo técnico-jurídico, o segundo por entender que a finalidade do Estado é demasiado genérica, não havendo interesse em estudá-la, outros autores chegam a sustentar que a finalidade é elemento essencial do Estado¹⁶².

Porém, depois de analisar essas teorias e seus argumentos, Dalmo de Abreu Dallari concebe que o Estado, como sociedade política, tem um fim geral, constituindo-se em meio

¹⁵⁸ KELSEN, Hans. 1999. *Op. cit.*, p. 152 (grifos do autor).

¹⁵⁹ *Idem, ibidem*, p. 235.

¹⁶⁰ *Ibid*, p. 235.

¹⁶¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. 1993. *Op. cit.*, p. 67-8.

¹⁶² DALLARI, Dalmo de Abreu. 1993. *Op. cit.*, p. 87.

para que os indivíduos e as demais sociedades possam atingir seus respectivos fins particulares, concluindo que o fim do Estado é o bem comum, concebido como “o conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana”. Porém, as finalidades do Estado se diferenciam da finalidade atribuída à sociedade humana no seu todo, porque “busca o bem comum de certo povo, situado em determinado território”, sendo que “o desenvolvimento integral da personalidade dos integrantes desse povo é que deve ser o seu objetivo, o que determina uma concepção particular de bem comum para cada Estado, em função das peculiaridades de cada povo”¹⁶³.

Vivencia-se, portanto, na atualidade, o que o economista austríaco Joseph Alois Schumpeter (1883-1950) chama de “Estado do bem-estar social” ou “Estado-Providência”¹⁶⁴, concebido como uma organização política e econômica que tem por finalidade a promoção social. Nesse contexto, o Estado emerge como agente regulamentador da vida e da saúde social, política e econômica, de acordo com as necessidades de seu povo. O Estado de bem-estar social, ou seja, que tem como finalidade o bem comum de seu povo, funda-se no princípio de que todo cidadão tem direito a um conjunto de bens e serviços básicos (saúde, educação, renda mínima, auxílio ao desemprego, dentre outros) que devem ser garantidos pelo Estado.

Em termos gerais, o Estado pode ser definido como a organização política, administrativa e jurídica do grupo social que ocupa um território fixo, está submetido a uma soberania, e tem como finalidade o bem comum de seu povo.

Da análise do processo histórico do Estado soberano, extrai-se algumas definições de soberania que são importantes para a sua compreensão no contexto contemporâneo, ressaltando-se a definição de Proculo dos poderes soberanos como não estando sujeitos a outro Estado, as teorias dos juristas medievais acentuando fortemente a plena autoridade de um soberano dentro do Estado, a definição de São Tomás de Aquino pontuando a finalidade moral do Estado soberano, assegurando o bem comum, evitando arbitrariedades e opressões, e a teoria de Jean Bodin, apresentando a soberania como um poder absoluto e perpétuo¹⁶⁵, chegando-se à concepção de Estado soberano contemporâneo como “o Estado

¹⁶³ *Idem, ibidem*, p. 91-2.

¹⁶⁴ SCHUMPETER, Joseph Alois. *On the concept of social value*. In: *Quarterly Journal of Economics*, volume 23, 1908-9. p. 213-232 (tradução livre).

¹⁶⁵ FINKELSTEIN, Cláudio. *Op. cit.*, p. 78.

que não está sujeito a nenhum outro, e que tem plena e exclusiva autoridade na sua jurisdição, sem prejuízo dos limites marcados pela lei aplicável”¹⁶⁶.

Em âmbitos gerais, os termos “soberano” e “soberania” foram empregados, ao longo da história, em três sentidos, cujas diferentes noções se conservam até a atualidade e têm sido confundidas umas com as outras, cujos conceitos divergentes contribuíram sobremaneira para prejudicar e obscurecer a teoria da soberania contemporânea: a) um poder não sujeito a qualquer autoridade superior, exceto quando reconhecido, à de uma lei da natureza; b) a autoridade suprema dentro de um Estado; e c) o portador ou titular (rei ou nação), da suprema autoridade.

1.2 SOBERANIA

1.2.1 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DA SOBERANIA

A definição originária de soberania já sofreu mudanças para se adaptar às necessidades hodiernas. Num primeiro estágio, o detentor da soberania era o rei e, entre outras características, esta era definida pela perpetuidade e por não conhecer limites de qualquer natureza; a soberania tinha, antes de tudo, o caráter de ser “o elemento essencial do Estado”. A primeira evolução do princípio da soberania já se encarregou de lhe impor limites. O poder não mais emanava do rei, mas do povo, e os limites eram aqueles inseridos na Constituição do Estado que o monarca representava. Outras características da definição clássica, com o passar do tempo e com a maior interação de nações soberanas e de seus cidadãos, foram recebendo nova interpretação¹⁶⁷.

Muito se tem escrito sobre a soberania no direito internacional, porém o tema permanece envolto em névoas, a começar pela origem da etimologia das palavras “soberano” e “soberania”, que ainda não foi estabelecida em definitivo. Normalmente os estudiosos do assunto afirmam que ambos os termos tem ligação com a expressão latina

¹⁶⁶ KLEFFENS, Eelco Nicolas van. *Op. cit.*, p. 106.

¹⁶⁷ FINKELSTEIN, Cláudio. *Op. cit.*, p. 73;74.

superanus. Em seus estudos, Eelco N. Van Kleffens constata que a palavra *superanus* deriva de “super”, “sobre”, “acima”. Contudo, as chancelarias do século XII não utilizavam a expressão *superanus* quando pretendiam designar a expressão mais alta. Primeiramente usavam a expressão “maior”, mas o termo “superior” é que veio a ser corrente. “Parece ter sido a linguagem popular na Inglaterra e na França que lançou mão da palavra ‘soberano’ para exprimir a mesma noção”, que foi consolidada no século seguinte. Apenas gradativamente é que foi perdendo sua significação puramente topográfica de “num lugar mais alto”. Do texto de Dante Alighieri “o inferno”, descrito no poema épico da literatura italiana “divina comédia”, escrito entre 1307 a 1321, extrai-se a síntese dessa evolução. É que, segundo Eelco N. Van Kleffens, Dante Alighieri empregou por três vezes a palavra *sovrano*: a primeira como “lugar mais alto”, a segunda no sentido figurado para indicar “de uma ordem mais alta” e a terceira vez no sentido de “autoridade suprema”, significado que depois veio a ser empregado de forma exclusiva¹⁶⁸.

Impossível uma verificação exata, porém, a palavra “soberano” (que certamente antecedeu à “soberania”) para significar o mais alto, o supremo poder de dada ordem jurídica, “pode ter sido produto da época feudal”, contudo, a noção que representa havia-se imposto ao espírito humano desde que a humanidade começou a formar grupos políticos independentes. “Nunca será demais afirmar que sempre houve soberania e soberanos, muito antes de estes termos serem cunhados”; “diferia a terminologia, mas não a essência daquilo a que o nome se referia”¹⁶⁹. E certamente interessa para este estudo mais a essência que sua designação.

Como visto, a “Paz de Westfália” (1648-1659) foi o texto normativo intergovernamental que reconheceu, pela primeira vez, o princípio da soberania nacional, colocando-o no topo da estrutura da ordem mundial da época. Desse modo, pôs fim às guerras religiosas e ao estreito vínculo que até então se dava às questões do Papado e do Império. As principais regras que coadunam os Estados soberanos expressadas na Paz de Westfália são as seguintes: a igualdade soberana entre os Estados; a prevalência do princípio territorial sobre o pessoal; o respeito aos limites internacionais e a não-intervenção em assuntos internos de outros Estados. No entanto, foi com o advento da Revolução Francesa (1789 a 1799) que:

¹⁶⁸ KLEFFENS, Eelco Nicolas van. *Op. cit.*, p. 19.

¹⁶⁹ *Idem, ibidem*, p. 19.

[...] finalmente se consolidó en la esfera de la teoría de la sustitución de la perspectiva medieval por la moderna. Podemos, pues, columbrar que fue en esta coyuntura de la larga historia de la comunidad política, bien que solo en Europa, cuando la conducta internacional pasó de una fase primitiva a otra que lo era menos¹⁷⁰.

Em plena revolução, e pouco depois do advento da Declaração de Direitos de 1789¹⁷¹, no ano de 1791, os líderes da Revolução Francesa, reunidos numa assembléia, aprovaram a primeira Constituição francesa que, dentre outras disposições, definia o conceito de soberania: “artigo 1º: a soberania é uma, indivisível, inalienável e imprescritível. Ela pertence à nação e nenhuma parte do povo nem indivíduo algum pode atribuir-se o exercício”¹⁷². A proclamação desse dispositivo, na interpretação de Eelco N. Van Kleffens, resultou não apenas das condições internas então vivenciadas pela França, mas, também, das relações da França com os outros Estados da época¹⁷³.

Dentre as quatro características da soberania expressas na Constituição francesa de 1791, a unidade, a indivisibilidade e a inalienabilidade resistiram à ação do tempo, porém, a idéia de que a soberania não está sujeita à prescrição (como forma de perda ou de aquisição da soberania) não se manteve, pelo menos no direito internacional¹⁷⁴.

A característica da unidade significa que “a jurisdição de uma nação dentro do seu território é exclusiva e absoluta”¹⁷⁵. Sobre o assunto, Pierre Marie Nicolas Léon Duguit (1859 a 1928) assim se expressou:

[...] admitamos que num só território há duas soberanias. Se supusermos que os dois soberanos dão ordens contrárias, essas ordens ou não são cumpridas e então não há soberania, porque as duas soberanias estorvam-se uma à outra, deixando assim de ser independentes; ou, se dessas duas ordens contraditórias só uma se cumpre, o soberano que deu a ordem será o soberano único¹⁷⁶.

Conforme Dalmo de Abreu Dallari, a soberania é uma:

¹⁷⁰ HISLEY, Francis Harry. *El concepto de soberanía*. Traducción de Fernando Morera y Angel Alandí. Barcelona: Editora Labor S. A. 1972. p. 169.

¹⁷¹ Article 3 : le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément. “Artigo 3º: o princípio de toda a soberania reside essencialmente em a Nação. Nenhuma corporação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que aquela não emane expressamente” (DIREITO INTERNACIONAL, Legislação. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789**. Colocada posteriormente no início da Constituição francesa de 1791. Disponível em:

<http://www.geocities.com/marceloeva/Declaracao_Direitos_do_Homem.doc>. Acesso em: 16 mai. 2008).

¹⁷² FRANÇA, Constituição (1971). **Constituição Francesa, de 03 de setembro de 1971**. Disponível em: <<http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/const91.PDF>>. Acesso em: 16 mai. 2008.

¹⁷³ KLEFFENS, Eelco Nicolas van. *Op. cit.*, p. 106.

¹⁷⁴ *Idem, ibidem*, p. 106.

¹⁷⁵ KLEFFENS, Eelco Nicolas van. *Op. cit.*, p. 108.

¹⁷⁶ Pierre Marie Nicolas Léon Duguit *apud* KLEFFENS, Eelco Nicolas van. *Op. cit.*, p. 108.

[...] porque não se admite num mesmo Estado a convivência de duas soberanias. Seja ela poder incontestável, ou poder de decisão em última instância sobre a atributividade das normas, é sempre poder superior a todos os demais que existam no Estado, não sendo concebível a convivência de mais de um poder superior no mesmo âmbito¹⁷⁷.

Destarte, em sendo a soberania una e exclusiva, os outros Estados ou indivíduos a devem respeitar. Desse modo, a soberania manifesta-se por meio de um único poder, denominado como soberano porque se impõe sobre os demais e por se fazer determinante no momento do reconhecimento por parte daqueles vinculados a ele. “Nesse sentido, a soberania do Estado, dito soberana, é exclusiva”¹⁷⁸.

É da unidade da soberania que deriva sua segunda característica: a indivisibilidade, pois “um poder que se qualifica por soberano não admite a sua repartição, sob pena de dissensão”¹⁷⁹. Pela característica da indivisibilidade extrai-se que a soberania “não pode ser cortada em fragmentos”. A soberania, além das razões que impõem sua unidade, “se aplica à universalidade dos fatos ocorridos no Estado, sendo inadmissível, por isso mesmo, a existência de várias partes separadas da mesma soberania”¹⁸⁰.

Também é em decorrência da unidade e da indivisibilidade que se diz que a soberania, “enquanto considerada como elemento essencial do Estado, é dotada de inalienabilidade”¹⁸¹. Dalmo de Abreu Dallari pontua que a soberania é inalienável porque se alienada desapareceria, ou seja, um poder soberano que se priva de sua soberania deixa de ser soberano, “pois aquele que a detém desaparece quando ficar sem ela, seja o povo, a nação, ou o Estado”¹⁸².

Além destas características da soberania, expressas no texto do artigo 1º da Constituição francesa, de 03 de setembro de 1791, a doutrina se encarregou de acrescentar, pelo menos, mais duas: a originariedade e a limitação.

A soberania é originária na medida em que “não faz derivar a sua força e a sua validade de qualquer outro ordenamento jurídico ou político”. De fato, a soberania não se subordina às condições ou autorizações de outros poderes, nem mesmo pode ser limitada ou violada por qualquer outro poder que se diga superior. A soberania “é a qualidade do

¹⁷⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. 1993. *Op. cit.*, p. 69.

¹⁷⁸ FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Op. cit.*, p. 58.

¹⁷⁹ *Idem, ibidem*, p. 58.

¹⁸⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. 1993. *Op. cit.*, p. 69.

¹⁸¹ FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Op. cit.*, p. 59.

¹⁸² DALLARI, Dalmo de Abreu. 1993. *Op. cit.*, p. 69.

poder supremo ou, no máximo, condição de igualdade dos Estados”. Nesse pensar, pelo menos teoricamente, não pode existir nenhum poder superior ao poder soberano. Nas palavras de Luciana de Medeiros Fernandes:

A validade da soberania repousa no próprio soberano. Um Estado não é soberano pelo fato de outro Estado assim admitir. Esse reconhecimento da soberania de um Estado por outro tem efeito apenas declaratório, ou seja, de constatação da existência, não tendo qualquer sentido constitutivo, pois, se este fosse admitido, admitir-se-ia também que o mesmo Estado que reconheceu outro como soberano, pudesse revogar a sua decisão¹⁸³.

Por fim, a soberania é limitada, e aqui está o cerne da questão em apreço nesse estudo. Importante destacar que “a soberania é absoluta no sentido de que qualifica o poder mais elevado, o poder supremo, que nega qualquer tipo de limitação ou subordinação derivada de qualquer outro poder”. No entanto os termos “absoluto” e “ilimitado” não são sinônimos. “Poder supremo é poder absoluto, mas não significa poder ilimitado”. Um poder soberano pode ser limitado sem que isso o desqualifique. Contudo, só existe limitação à soberania do poder do Estado se essa for a vontade do próprio Estado e desde que não corresponda à renúncia do poder soberano, eis que um Estado que renuncia à sua soberania, pode materializar-se em algum tipo de organização política, mas não mais será um Estado¹⁸⁴.

Para melhor compreender o conceito de soberania, é preciso compará-la com pelo menos duas outras noções afins: independência e igualdade. Existem entendimentos no sentido de que “soberania” e “independência” são termos semelhantes e na direção de sua diferenciação. Para Eelco N. Van Kleffens, no âmbito jurídico a independência é soberania apenas no aspecto de não se achar dependente da autoridade de outro Estado. Quanto à igualdade, apesar das desigualdades de fato, perante o direito internacional os Estados soberanos são considerados iguais, porém, essa igualdade contrasta com os fatos nas relações internacionais, eis que “as grandes potências têm, devido à sua própria força, uma enorme vantagem sobre as potências menores, e essa vantagem faz-se sentir mesmo quando não é usada com propósito expresse”¹⁸⁵.

A soberania se manifesta, ainda, de três modos: a respeito do território, concernente às pessoas e pertinente aos assuntos e negócios. No campo do direito internacional, várias são as teorias que tentam definir o território, porém importa, nos limites desse estudo,

¹⁸³ FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Op. cit.*, p. 61.

¹⁸⁴ *Idem, ibidem*, p. 61.

¹⁸⁵ KLEFFENS, Eelco Nicolas van. *Op. cit.*, p. 108 e seguintes.

conceber que o território é o espaço dentro do qual, em princípio, só um único Estado tem o direito de exercer o seu poder jurídico, com exclusão de todos os outros Estados. Se não há Estado soberano sem território, também não existe Estado soberano sem população que se encontre sob sua jurisdição e resida permanentemente nesse território. Por fim, um Estado soberano também precisa de jurisdição para exercer sua soberania. Como qualquer Estado pode promulgar leis sobre qualquer matéria, desde que não afronte o direito internacional, a quantidade de assuntos de que um Estado soberano pode ocupar-se na forma da lei é bastante vasta¹⁸⁶.

A soberania é uma força invisível, mas real. Apresentar suas características e meios de manifestação como usualmente são inseridos nos manuais de direito internacional é relativamente simples. A dificuldade está no estabelecimento prático de um equilíbrio sensível entre as necessidades dos Estados soberanos individuais e a comunidade internacional dos Estados. A espécie humana só pode prosperar se existir um mínimo de equilíbrio. É esse particular, no sentido da descoberta do melhor critério ou critérios, que carece de atenção. Essa questão será retomada na segunda parte dessa pesquisa. Por ora, importa apresentar o conceito teórico-doutrinário, que não deixa de ser também jurídico-político, da soberania contemporânea.

1.2.2 A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE SOBERANIA CONTEMPORÂNEA

O conceito de soberania tem sido um dos assuntos mais estudados pela teoria geral do Estado e pelos doutrinadores do direito internacional, e continua a ser uma das noções “mais obscuras e mais discutidas”¹⁸⁷, na mesma medida distante do consenso. A proposta de construção de um conceito contemporâneo de soberania pauta-se no reconhecimento prévio de que a idealização da soberania tem como justificativa o restabelecimento da paz, cujo conteúdo eminentemente histórico sofre variações interpretativas dependendo do tempo e espaço em que se realiza.

¹⁸⁶ *Idem, ibidem*, p. 117 e seguintes.

¹⁸⁷ MELO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Op. cit.*, p. 348-9.

Como ponto de partida à construção de um conceito mínimo de soberania contemporânea, tem-se a aceção de que o Estado soberano perfeito, no sentido livre, sem nada que o limite além do seu próprio arbítrio, já não existe. Sem se ater às limitações de fato, os Estados de hoje estão sempre sujeitos ao direito internacional, cujas normas limitam a sua liberdade de ação de vários modos.

A compreensão do que se pretende apresentar neste estudo exige o entendimento prévio de que o conceito de soberania é um reflexo do pensamento dominante em cada época e lugar. Trata-se de uma construção humana, calcada nos princípios aos quais foram atribuídas imperiosidades de adoção e tratamento em dado espaço temporal. Daí a importância de se analisar de que modo à soberania foi recebida, analisada e definida pela doutrina desde quando sua existência pode ser visualizada e teoricamente definida e sistematizada, até a atualidade.

A apresentação teórica segue a linha cronológica, ou seja, não se agrupa, como muitos autores preferem, as teorias em teocrática (Jacques-Benigne Bossuet), contratualista (Thomas Hobbes, John Locke, Jean-Jacques Rousseau, Emanuel Kant) normativista (Hans Kelsen), decisionista (Carl Schmitt, Hermann Heller), negativista (Pierre Marie Nicolas Léon Duguit) e pluralista (Harold Joseph Laski).

Essa análise teórica tem seu início na teoria da soberania sistematizada por Jean Bodin (1530 a 1596), primeiro autor a tratar da soberania de modo sistematizado. Jean Bodin, autor da clássica obra *Six Livres de la République*, foi um jurista francês, membro do Parlamento de Paris e professor de direito. Viveu no primeiro século da Idade Moderna, momento em que surgia o Estado como produto da transformação da ordem feudal. O poder político e militar, que esteve durante a Idade Média em posse dos senhores feudais, é transferido para um monarca absolutista e possibilita a estruturação do Estado soberano.

É neste cenário que Jean Bodin teoriza sistematicamente sobre a soberania, cuja definição por ele adotada reflete sua crença de que era preciso concentrar o poder totalmente nas mãos do governante, revelando suas idéias absolutistas. Para o citado jurista francês, o poder do soberano traduz-se no poder divino, devendo, portanto, ser obedecido pelos súditos. Jean Bodin não se preocupou com as origens da soberania, mas com sua natureza, ou seja, “o que lhe interessa é descrever o que a soberania é, uma vez que a

presença de um poder soberano é que determina a existência de uma República”¹⁸⁸. Para Jean Bodin, “a soberania é o verdadeiro fundamento, o eixo sobre o qual se move o estado de uma sociedade política e do qual dependem todos os magistrados, leis e ordenanças”¹⁸⁹, definindo-a nos seguintes termos:

Soberania é o poder perpétuo de um Estado, que os latinos denominam *maiestas*; os gregos *akra exousi*, *kurion arché*, e *kurion politeuma*; e os italianos *segnioria*, um termo usado tanto por pessoas privadas quanto por aqueles que tem poder total do Estado, enquanto os hebreus chamam de *tomechet shévet* - que é, o poder mais alto de comando. Nós devemos formular uma definição de soberania porque nenhum jurista ou filósofo político a definiu, mesmo sendo um ponto chave, e que precisa de maiores explicações, em tratados do Estado¹⁹⁰.

Jean Bodin definiu a soberania como um poder perpétuo e absoluto, ou seja, um poder público contínuo e sem restrições ao longo do tempo, independentemente de quem o assume, com características de superior, independente, incondicional e ilimitado:

Ilimitado porque qualquer limitação é incompatível com a própria idéia de um poder supremo: “a soberania não é limitada, nem em poder, nem em obrigações, nem em relação ao tempo” [...]. Incondicional na medida em que este poder deve estar desvinculado de qualquer obrigação: “a soberania dada a um príncipe sob condições e obrigações não é propriamente soberania nem poder absoluto” [...]. Independente, pois seu detentor deve ter plena liberdade de ação: “assim como o papa não tem suas mãos atadas, como dizem os canonistas, tampouco o príncipe soberano pode ter suas mãos atadas, mesmo se o desejar” [...]. Superior porque aquele que possui o poder soberano não pode estar submetido ou numa posição de igualdade em relação a outros poderes: “é preciso que os soberanos não estejam submetidos aos comandos de outrem” [...]¹⁹¹.

Ao lado de definir a soberania como poder perpétuo e absoluto, Jean Bodin entendia que esse poder não podia ser arbitrário, sem limites, eis que “se nós dissermos que tem poder absoluto quem não está sujeito às leis, não encontraremos no mundo príncipe soberano, visto que todos os príncipes da Terra estão sujeitos às leis de Deus e da natureza e a certas leis humanas comuns a todos os povos”¹⁹². Ainda nas palavras de Jean Bodin:

[...] um rei não pode se sujeitar às leis [...], mas em relação às leis divinas e naturais, todo príncipe na Terra está sujeito a elas, e não está nos seus poderes infringi-las ao menos que desejem serem culpados de traição contra Deus, e

¹⁸⁸ BARROS, Alberto Ribeiro de. **Direito e poder em Jean Bodin**: o conceito de soberania na formação do Estado moderno. Tese apresentada ao Departamento de Filosofia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paul, para a obtenção do título de Doutor em Filosofia. Orientador: Rolf Nelson Kuntz. São Paulo: USP, 1999. p. 208, nota 11.

¹⁸⁹ Jean Bodin *apud* BARROS, Alberto Ribeiro de. *Op. cit.*, p. 204.

¹⁹⁰ Jean Bodin *apud* BERARDO, Telma. **Soberania e direitos humanos**: reconceituação com base na dignidade humana. Dissertação apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional. Orientadora: Flávia Piovesan. São Paulo: PUC, 2003. p. 30.

¹⁹¹ BARROS, Alberto Ribeiro de. *Op. cit.*, p. 210 (grifos do autor).

¹⁹² Jean Bodin *apud* BARROS, Alberto Ribeiro de. *Op. cit.*, p. 210 (grifos do autor).

contra Ele abaixo do qual a grandeza de todos os monarcas do mundo devem ouvir o jugo e inclinar a cabeça em humilde temor e reverenciar. O poder absoluto dos príncipes e dos senhores soberanos (*seigneur souverains*), portanto, não se estende de modo algum às leis de Deus e da natureza¹⁹³.

Vê-se, portanto, que Jean Bodin foi um autor jusnaturalista que visualizou na lei divina e no direito natural, verdadeiros limites à soberania. A qualificação da soberania como absoluta, então, não impedia sua limitação: era absoluta dentro dos limites conferidos pelo direito natural e pelas leis de Deus. Ao conceber que o poder conferido ao soberano é reflexo do poder divino, afirmou que “o príncipe soberano é limitado pelos contratos que celebra, seja com seus súditos, seja com estrangeiros”¹⁹⁴.

Logo depois do conceito de soberania de Jean Bodin, destaca-se a teoria contratualista do filósofo e teórico político alemão, jusnaturalista e árduo defensor do absolutismo, Thomas Hobbes (1588 a 1679) e sua obra “o Leviatã” publicada em 1651. O Leviatã significa, para Thomas Hobbes, uma autoridade inquestionável, com poder soberano representada na pessoa do monarca ou no coletivo de uma assembléia que poderia até ser composta de todos, no caso de uma democracia. A sociedade idealizada a obra “o Leviatã” necessita de uma autoridade na qual todos os seus membros tem que abdicar o suficiente da sua liberdade natural, para que ela pudesse, de forma soberana, assegurar a paz interna e a defesa comum.

Thomas Hobbes entende que a origem das instituições políticas está num suposto contrato. Segundo ele, por meio desse contrato, os indivíduos se comprometem reciprocamente a submeter suas vontades à vontade de um indivíduo ou de uma assembléia, que passa a ter poder para decidir acerca de todos os assuntos concernentes à paz. É desse modo que o Estado hobbesiano é instituído. Não quer dizer que em determinado momento esse contrato foi firmado, mas que as pessoas devem obedecer “ao poder do Estado como se o tivessem fundado a partir de um contrato, pois é isso que nos permite compreender as razões, os limites e a forma da obediência civil; é isso que nos permite compreender a obediência como um dever ou uma obrigação”¹⁹⁵. Dito de outro modo:

[...] a hipótese da origem contratual do poder político se impõe como uma forma de nos fazer ver que o Estado e seu poder (pois o Estado é inseparável de seu

¹⁹³ *Idem apud* BERARDO, Telma. 2003. *Op. cit.*, p. 31.

¹⁹⁴ BERARDO, Telma. 2003. *Op. cit.*, p. 31;32.

¹⁹⁵ LIMONGI, Maria Isabel. **Hobbes**. Coleção Filosofia Passo-a-Passo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002. p. 28;29.

poder, na medida em que se institui como um poder maior que todo poder individual) possuem uma realidade que é da ordem do jurídico. É uma obrigação jurídica, contratual, que sustenta o poder do Estado e não qualquer qualidade de fato desse poder, como sua força ou seu valor intrínseco. E é na medida em que compreendemos a natureza dessa obrigação que podemos conceber o tipo de estabilidade - uma estabilidade jurídica - que esse poder possui. Por ser juridicamente estável em sua soberania, por não estar sujeito à oposição de nenhum outro poder (à exceção do poder de outros Estados), o poder do Estado é o maior de todos os poderes que os homens podem constituir para garantir as condições de sua existência. [...] ¹⁹⁶.

O Estado na concepção hobbesiana surge somente por meio de um pacto, ou seja, artificialmente. Além do contrato, para que o Estado se torne constante e duradouro, é preciso que haja um poder comum que os mantenha em respeito, e que dirija suas ações no sentido do benefício comum, sendo que:

A única forma de constituir um poder comum, capaz de defender a comunidade das invasões dos estrangeiros e das injúrias dos próprios comuneiros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente para que, mediante seu próprio trabalho e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir - toda a força e poder a um homem, ou a uma assembléia de homens, que possa reduzir suas diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade. Isso equivale a dizer: designar um homem ou uma assembléia de homens como representante deles próprios, considerando-se e reconhecendo-se cada um como autor de todos os atos que aquele que os representa praticar ou vier a realizar, em tudo o que disser respeito à paz e segurança comuns. Todos devem submeter suas vontades à vontade do representante e suas decisões à sua decisão. Isso é mais do que consentimento ou concórdia, pois se resume numa verdadeira unidade de todos eles, numa só e mesma pessoa, realizada por um pacto de cada homem com todos os homens, de modo que é como se cada homem dissesse a cada homem: “cedo e transfiro meu direito de governar a mim mesmo a este homem, ou a esta assembléia de homens, com a condição de que transfiras a ele teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações”. Feito isso, à multidão assim unida numa só pessoa se chama Estado, em latim *civitas*. Esta é a geração daquele enorme *Leviatã*, ou antes - com toda reverência - daquele Deus Mortal, ao qual devemos, abaixo do Deus Imortal, nossa paz e defesa. Graças à autoridade que lhe é dada por cada indivíduo no Estado, é-lhe atribuído o uso de gigantesco poder e força que o terror assim inspirado o torna capaz de conformar as vontades de todos eles, no domínio da paz em seu próprio país, e da ajuda mútua contra os inimigos estrangeiros. É nele que consiste a essência do Estado, que pode ser assim definida: “uma grande multidão institui a uma pessoa, mediante pactos recíprocos uns com os outros, para em nome de cada um como autora, poder usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum”. Soberano é aquele que representa essa pessoa. Dele se diz que possui poder absoluto. Todos os outros são súditos ¹⁹⁷.

Para Thomas Hobbes, as qualidades jurídicas da soberania derivam imediatamente do contrato, apresentado não como uma simples promessa de obediência, “mas como um contrato de ‘autorização’ por meio do qual os homens autorizam um homem ou assembléia

¹⁹⁶ *Idem, ibidem*, p. 29.

¹⁹⁷ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Coleção “a obra-prima de cada autor”. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 130-1 (grifos do autor).

de homens (tanto faz, pois a forma de governo não está aqui em questão) a ‘representar’ com seus atos e palavras a pessoa de todos eles”¹⁹⁸. O poder soberano, de acordo com o autor em comento, pode ser adquirido de dois modos: ou pela força (Estado por aquisição, por exemplo, quando um homem sujeita através da guerra seus inimigos a sua vontade) ou voluntariamente (Estado político ou por instituição, por exemplo, quando os homens concordam entre si em submeterem-se a um homem, ou a uma assembléia de homens, voluntariamente, com a esperança de serem protegidos por ele contra todos os outros)¹⁹⁹.

Sobre o Estado instituído, Thomas Hobbes explica que é do Estado que derivam todos os direitos e faculdades daquele ou daqueles a quem o poder soberano é conferido mediante o consentimento do povo reunido²⁰⁰. Nas suas palavras:

Como a autoridade maior é indivisível, e inalienável ao soberano, há pouco fundamento para a opinião dos que afirmam que os reis soberanos, embora sejam *singulis majores* com maior poder do que qualquer de seus súditos, são apesar disso *universis minores* com menos poder do que eles todos juntos. Eis que se por todos juntos não entendem o corpo coletivo como uma pessoa, todos juntos e cada um significam o mesmo, e essa fala é absurda. Se por todos juntos os entendem como uma pessoa - pessoa da qual o soberano é portador -, nesse caso o poder de todos juntos é o mesmo que o poder do soberano, e mais uma vez a fala é absurda. Absurdo esse que vêem com clareza sempre que a soberania reside em uma assembléia do povo, mas que em um monarca não vêem. O poder da soberania, no entanto, é o mesmo, seja a quem for que pertença²⁰¹.

Conforme Telma Berardo:

O fato de o pacto ser celebrado pelos súditos entre si e não entre estes e o soberano possui uma função bem específica: o soberano não existe antes do término do pacto, assim, não pode o soberano quebrar o pacto, já que dele não fez parte. Isso confere ao soberano um poder mais absoluto ainda do que aquele conferido por Jean Bodin, pois a soberania não residia jamais no povo. Ela surge da união do poder que anteriormente se encontrava fragmentado em cada súdito. Thomas Hobbes ainda confere outras características ao poder soberano. Para ele, o poder soberano possui a função de reger a propriedade, o direito de celebrar a guerra e declarar a paz, escolher os ministros, ter autoridade judicial, executar as leis, recolher impostos, organizar exércitos e dar títulos de honra. Estas características são suficientes para identificar o poder soberano e quem o detém²⁰².

Uma novidade trazida por Thomas Hobbes para o pensamento político é a diferenciação entre os conceitos de Estado e de governo, tanto é assim que a clássica discussão aristotélica acerca da melhor forma de governo, se a monarquia, a aristocracia ou a democracia, foi deixada para segundo plano. Para Thomas Hobbes, independentemente

¹⁹⁸ LIMONGI, Maria Isabel. *Op. cit.*, p. 54 (grifos da autora).

¹⁹⁹ HOBBS, Thomas. *Op. cit.*, p. 131.

²⁰⁰ *Idem, ibidem*, p. 132.

²⁰¹ *Ibid*, p. 138-9.

²⁰² BERARDO, Telma. 2003. *Op. cit.*, p. 34-5.

das formas de governo, o Estado é o mesmo. Outra peculiaridade de Thomas Hobbes é a concepção do Estado como criação humana e, portanto, uma instituição “artificial” e não “uma evolução natural da família como no modelo Aristotélico”²⁰³. O Estado hobbesiano se define:

[...] pela soberania de seu poder fundado num contrato e legitimado juridicamente. O modo como esta soberania se exerce é outra questão, uma questão que não diz mais respeito à forma jurídica do Estado, pensada a partir do contrato que o institui, mas ao exercício da soberania, pensada segundo as circunstâncias que podem impedir ou contribuir para sua manutenção. Ou seja, uma coisa é conceber a soberania do Estado segundo as qualidades jurídicas que a definem; outra coisa é concebê-la segundo as qualidades de seu exercício; uma coisa é o Estado, outra o governo²⁰⁴.

Veja-se nas próprias explicações de Thomas Hobbes:

Consiste a desigualdade entre os governos na diferença do soberano ou pessoa representante de todos os membros da multidão. Posto que a soberania reside em um homem ou em uma assembléia de mais de um. Em tal assembléia ou todos têm o direito de participar, ou nem todos, mas apenas certos homens distinguidos dos restantes, toma-se evidente que só pode haver três espécies de governo. Pois o representante é necessariamente um homem ou mais de um. Caso seja mais de um a assembléia será de todos ou apenas de uma parte. Quando o representante é um só homem, o governo chama-se monarquia. Quando é uma assembléia de todos os que se uniram, é democracia ou governo popular. Quando é uma assembléia apenas de uma parte, chama-se-lhe aristocracia. Não pode haver outras espécies de governo, porque o poder soberano inteiro - que já mostrei ser indivisível - tem de pertencer a um ou mais homens ou a todos. Outras espécies de governo encontramos, como tirania e oligarquia, nos livros de história e de política. Não se trata, todavia, de nomes de outras formas de governo, e sim das mesmas formas quando são detestadas. Aqueles que estão descontentes com uma monarquia chamam-lhe tirania. Aqueles a quem desagrada uma aristocracia chamam-lhe oligarquia. Do mesmo modo, os que se sentem prejudicados por uma democracia chamam-lhe anarquia - o que significa ausência de governo, embora, creio eu, ninguém pense que a ausência de governo seja uma nova espécie de governo. Pela mesma razão, também não devem as pessoas pensar que o governo é de uma espécie quando gostam dele e de uma espécie diferente quando o detestam ou quando são oprimidos pelos governantes. [...]. A diferença entre essas três espécies de governo não reside numa diferença de poder, mas numa diferença de conveniência, isto é, de capacidade para garantir a paz e a segurança do povo, fim para o qual foram instituídas. [...]. O que difere essas três espécies de governo não reside numa diferença de poder, mas numa diferença de conveniência, isto é, de capacidade para garantir a paz e a segurança do povo, fim para o qual foram instituídas²⁰⁵.

Sobre o Estado por aquisição, Thomas Hobbes o define como “aquele onde o poder soberano foi adquirido pela força”, explicando que:

E este é adquirido pela força quando os homens individualmente, ou em grande número e por pluralidade de votos, por medo da morte ou do cativo, autorizam todas as ações daquele homem ou assembléia que tem em seu poder suas vidas e

²⁰³ *Idem, ibidem*, p. 33.

²⁰⁴ LIMONGI, Maria Isabel. *Op. cit.*, p. 54.

²⁰⁵ HOBBS, Thomas. *Op. cit.*, p. 140-1;142.

sua liberdade. Esta espécie de domínio ou soberania difere da soberania por instituição apenas num aspecto: os homens que escolhem seu soberano fazem-no por medo uns dos outros, e não daquele a quem escolhem, e neste caso submetem-se àquele de quem têm medo. Em ambos os casos fazem-no por medo, o que deve ser notado por todos aqueles que consideram nulos os pactos conseguidos pelo medo da morte ou da violência. Se isso fosse verdade, ninguém poderia, em nenhuma espécie de Estado, ser obrigado à obediência. É certo que num Estado já instituído, ou adquirido, as promessas derivadas do medo da morte ou da violência não são pactos nem geram obrigação, quando a coisa prometida é contrária às leis; mas a razão disso não é que tenha sido feita por medo, e sim que aquele que prometeu não tinha qualquer direito à coisa prometida. Por outro lado, quando alguém pode legitimamente cumprir uma promessa e não o faz não é a invalidez do pacto que o absolve, e sim a sentença do soberano. Se assim não fosse, tudo aquilo que alguém legitimamente promettesse seria ilegítimo não cumprir; mas quando o soberano, como ator, de tal o dispensa, ele está sendo dispensado por aquele que extorquiu a promessa, na qualidade de autor dessa absolvição. Mas os direitos e consequências da soberania são os mesmos em ambos os casos. Seu poder não pode, sem seu consentimento, ser transferido para outrem; não pode aliená-lo; não pode ser acusado de injúria por qualquer de seus súditos; não pode por eles ser punido. É juiz do que é necessário para a paz, e juiz das doutrinas; é o único legislador, e supremo juiz das controvérsias, assim como dos tempos e ocasiões da guerra e da paz; é a ele que compete a escolha dos magistrados, conselheiros, comandantes, assim como todos os outros funcionários e ministros; é ele quem determina as recompensas e castigos, as honras e as ordens. As razões de tudo isto são as mesmas que foram apresentadas no capítulo anterior, para os mesmos direitos e consequências da soberania por instituição²⁰⁶.

Na interpretação de Maria Isabel Limongi:

É sob a forma da representação que Thomas Hobbes pensa a partir do Leviatã a obediência: se devo obediência ao Estado é porque, por meio de um contrato, estabeleci que reconheceria todas as suas ações como minhas. E se devo reconhecer todas as suas ações como minhas é porque esta é a única forma de dotar o Estado de um poder soberano, um poder que esteja acima de todas as controvérsias acerca de seu emprego. Pois, onde há lugar para controvérsias, há lugar para a oposição de poderes e, conseqüentemente, nenhum poder será capaz de se colocar acima das disputas de poder, servindo de fiador último e incontestável de nossas relações jurídicas²⁰⁷.

Para Thomas Hobbes:

Do ponto de vista da forma jurídica da soberania, todo e qualquer uso que ele fizer de seu poder é legítimo, na medida em que foi previamente autorizado e que, sem essa autorização incondicional, o Estado não poderia se constituir como um poder soberano, postado acima das controvérsias e da dinâmica de disputa de nossos poderes naturais, cujo horizonte último é a guerra de todos contra todos. Mas do ponto de vista do exercício da soberania em função da finalidade para a qual foi instituída (a paz), isto é, do ponto de vista do governo, são justificadas apenas aquelas ações que contribuem para a paz e fomentam a obediência civil. O governo, contudo, não é algo que possa sofrer uma limitação jurídica. Como nos dirá Hobbes, o soberano não tem propriamente obrigações - e por isso é absoluto - a não ser diante das leis de natureza. O soberano só tem propriamente um compromisso de ordem moral. Ele deve ser virtuoso, ou seja, significar coerentemente com suas ações e palavras uma vontade de paz, a qual representa. Hobbes entende, contudo, que o soberano estará determinado a fazê-lo, visto ser

²⁰⁶ LIMONGI, Maria Isabel. *Op. cit.*, p. 54.

²⁰⁷ LIMONGI, Maria Isabel. *Op. cit.*, p. 54-5.

isso o que sustenta sua soberania, ainda que os homens possam discordar de seu governo, neste ou naquele particular. O que, aliás, nunca deixarão de fazer, razão pela qual se quiserem escapar às controvérsias infundáveis, cuja decisão, no limite, dependerá do uso da força - devem obediência ao Estado²⁰⁸.

Enfim, Thomas Hobbes acredita que a soberania é absoluta, eis que “houve a total transferência dos poderes dos súditos para o soberano (exceto o direito à vida)”. Desse modo, “não se poderia falar em limitação do poder soberano pela reserva de certos direitos aos cidadãos quando da realização do pacto, pois é com ele que surgem o soberano e o povo”. Assim sendo, “além de absoluta, a soberania também seria, para Thomas Hobbes, ilimitada e irrevogável, característica essa essencial para que não haja desagregação do Estado”²⁰⁹.

A teoria hobbesiana sobre soberania traz à tona diversas questões que atualmente estão sendo enfrentadas, pois “a idéia de que a soberania seja absoluta, ilimitada, irrevogável e inalienável se perpetuou através dos tempos”²¹⁰. Em suma, para essa teoria o poder soberano seria tão grande quanto os indivíduos fossem capazes de fazê-lo, não comportando nenhuma forma de limites, de modo que, se pensassem em limitar o poder soberano, deveriam sujeitar-se ao poder que fosse capaz de limitá-lo, ou seja, a um poder ainda maior. Desse modo, o poder soberano seria absoluto, eis que “se houvesse limitação, não seria soberano”. É nesse sentido do “poder soberano absoluto” que Thomas Hobbes se aproxima Jean Bodin, contudo para a teoria em comento o poder soberano “é ainda mais absoluto”, eis que, Jean Bodin reconhecia alguns limites da soberania nas leis natural e divina²¹¹, o que não acontece na concepção hobbesiana, que concebe um Estado forte, centralizado, dotado de soberania absoluta, que determina, inclusive, os comportamentos devidos na esfera privada.

Na síntese de Celso Lafer:

O objetivo estratégico do conceito de soberania desenvolvido por Jean Bodin e Thomas Hobbes era o de consolidar a territorialidade do Estado. Só a habilidade e a capacidade de governar limitariam efetivamente o poder do soberano no seu território. Daí também, no plano internacional, o aparecimento do princípio de razão-de-Estado, desenvolvido por Maquiavel, que se traduzia no não-reconhecimento de uma ordem superior, transcendente, como instância à qual o Estado e o seu soberano deveriam sujeitar-se na totalidade de suas manifestações. O último grande crítico da noção de soberania que acompanha o processo de consolidação do Estado Nacional na Europa foi Leibniz, que a

²⁰⁸ *Idem, ibidem*, p. 56-7.

²⁰⁹ BERARDO, Telma. 2003. *Op. cit.*, p. 35.

²¹⁰ *Idem, ibidem*, p. 35.

²¹¹ FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Op. cit.*, p. 102.

tomava como um conceito descritivo, entendendo-a como um padrão comparativo e não como um absoluto²¹².

Na seqüência cronológica, destaca-se a teoria de Jacques-Benigne Bossuet (1627 a 1704), que foi um bispo e teólogo francês. Jacques-Benigne Bossuet foi um dos primeiros teóricos a defender o absolutismo político, tendo criado o argumento de que o governo é divino e que os reis recebiam seu poder de Deus. Representa, desse modo, a teoria teocrática da soberania, cuja expressão do poder está na figura divina (teoria de direito divino).

Conforme Luciana de Medeiros Fernandes, a importância das teorias teocráticas, em geral, “não estava em conferir ao poder do rei uma origem divina, mas, sim, em fazer acreditar que o poder do rei era legítimo na medida em que derivava de Deus”²¹³. Assim, em estando o poder soberano do monarca legitimado pela autoridade divina, não poderia ser limitado pela deliberação humana.

Na síntese de Luciana de Medeiros Fernandes, na teoria do direito divino sobrenatural, representada por Jacques-Benigne Bossuet, “o poder soberano seria erigido em um indivíduo, designado diretamente por Deus, de modo que a qualidade de soberano não dependeria da atuação de qualquer outra autoridade”. Essa teoria, na interpretação da citada autora, “foi particularmente invocada contra o papado, na medida em que retirava dele a exclusividade do contato com Deus”. Contudo, ressalta que existia, também a “teoria do direito divino providencial”, que se traduzia na “idéia de que o poder soberano tinha a sua origem em Deus, mas era transmitido ao governante através de ‘meios humanos’, representados pela interferência da Igreja”²¹⁴.

Outro nome importante à construção do conceito de soberania é John Locke (1632 a 1704), filósofo inglês e individualista liberal que viveu na mesma época do francês Jacques-Benigne Bossuet, mas que defende entendimento absolutamente contrário, ou seja, enquanto para Jacques-Benigne Bossuet as restrições à atuação do monarca são apenas de ordem moral, cuja legitimidade do poder soberano deriva de Deus, para John Locke, a exemplo de Thomas Hobbes, o poder soberano é institucional, na medida em que concebe a ordem jurídica e política como produto da concorrência da vontade humana e não do sobrenatural (divina).

²¹² LAFER, Celso. **Os dilemas da soberania**. In: *Jornal da Tarde*, São Paulo, 22 de outubro de 1977. p. 2.

²¹³ FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Op. cit.*, p. 94.

²¹⁴ FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Op. cit.*, p. 95 (grifo da autora).

John Locke é autor da obra “dois tratados sobre o governo”, por meio da qual pretendeu refutar a teoria contratualista do bem comum da coletividade de Thomas Hobbes com a sua teoria contratualista da garantia dos direitos individuais, bem como conferir legitimidade teórica à Revolução Inglesa de 1688, conhecida como “revolução gloriosa”, pois representou o fim de uma era de guerra civil e de turbulências e a restauração da estabilidade monárquica.

Para contradizer a teoria do também inglês Thomas Hobbes, John Locke utiliza-se de pelo menos duas premissas hobbesianas: o estado de natureza e o contrato social. Na interpretação de Luciana de Medeiros Fernandes, as idéias de John Locke podem ser resumidas na tríade “liberdade, igualdade e propriedade” (princípios que depois vieram a ser proclamados na Revolução Francesa - 1789 e 1799), concebendo a soberania como um poder supremo decorrente do Poder Legislativo (soberania parlamentar)²¹⁵.

John Locke acolheu a teoria hobbesiana do direito natural, mas ao invés de associá-la ao bem comum da coletividade, concebeu o direito natural como “um conjunto de direitos inatos e invioláveis, inerentes aos indivíduos, de modo que o Estado deveria ser concebido para garantir esses direitos individuais”, desse modo, compreendia que preservando os direitos individuais, “o Estado estaria protegendo também a sociedade, conservando o bem comum”. São esses direitos naturais que, segundo John Locke, definem os limites do poder soberano na sociedade civil, “de modo que estado natural e sociedade civil não estariam absolutamente desligados”²¹⁶.

Para o individualista em tese, a principal finalidade do governo é “garantir a conservação da propriedade”, definida de forma amplíssima, englobando a vida, a liberdade e os bens. A legitimidade do governo de John Locke está na existência de uma lei que o estabeleça, que esta lei seja aceita pela coletividade mediante consentimento comum, que exista um juiz conhecido e imparcial para resolver os conflitos e um poder para garantir a execução da decisão. Desse modo, o Poder Legislativo figura como “o poder supremo da sociedade política” de John Locke, eis que:

[...] jamais um membro da sociedade, pelo efeito de um juramento que o ligaria a qualquer poder estrangeiro ou a qualquer poder subordinado na ordem interna, pode ser dispensado de sua obediência ao legislativo e agir por sua própria conta; da mesma forma, também não é obrigado a qualquer obediência contrária às leis

²¹⁵ *Idem, ibidem*, p. 104.

²¹⁶ FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Op. cit.*, p. 104-5.

adotadas, ou que ultrapasse seus termos; seria ridículo imaginar que um poder que não é o poder supremo na sociedade, possa se impor a quem quer que seja²¹⁷.

Contudo, embora defina o Poder Legislativo como um poder supremo em toda comunidade civil, quer seja confiado a uma ou mais pessoas, quer seja permanente ou intermitente, John Locke pontua que o poder supremo sofre pelo menos quatro limitações: a primeira está nos limites das leis estabelecidas e permanentes; a segunda é o bem comum; a terceira decorre do direito à propriedade e a quarta diz respeito à exclusividade legislativa do Poder Legislativo.

O primeiro limite ao poder soberano do Parlamento de John Locke está na lei, que deve ser expressa, promulgada e perene, ou seja, o Poder Legislativo deve “governar por meio de leis estabelecidas e promulgadas”, abstendo-se de “modificá-las em casos particulares, a fim de que haja uma única regra para ricos e pobres, para o favorito da corte e o camponês que conduz o arado”²¹⁸. Nas palavras de John Locke:

O legislativo, ou autoridade suprema, não pode arrogar para si um poder de governar por decretos arbitrários improvisados, mas se limitar a dispensar a justiça e decidir os direitos do súdito através de leis permanentes já promulgadas e juízes autorizados e conhecidos. Como a lei da natureza não é uma lei escrita, e não pode ser encontrada em lugar algum exceto nas mentes dos homens, aqueles que a paixão ou o interesse incitam a mal citá-la ou a mal empregá-la não podem ser tão facilmente convencidos de seu erro na ausência de um juiz estabelecido. Por isso ela não serve, como deveria, para determinar os direitos e delimitar as propriedades daqueles que vivem sob sua submissão, especialmente onde cada um é também seu juiz, intérprete e executor, e além disso em causa própria; aquele que tem o direito do seu lado não dispõe, em geral, senão de sua energia pessoal, que não tem força suficiente para defendê-lo das injustiças ou para punir os delinquentes. Para evitar esses inconvenientes que desorganizam suas posses no estado de natureza, os homens reuniram-se em sociedades em que eles dispõem da força conjunta de toda a sociedade para proteger e defender suas propriedades, e que eles podem delimitar segundo regras permanentes que permitem a cada um saber o que lhe pertence²¹⁹.

Foi com esta finalidade que, segundo John Locke, os indivíduos renunciaram todo seu poder natural e o depuseram nas mãos da sociedade em que se inseriram, e a comunidade social colocou o poder legislativo nas mãos que lhe pareceram as mais adequadas. A sociedade civil também encarregou ao Parlamento governá-la segundo leis promulgadas, sem as quais sua paz, sua tranqüilidade e seus bens permaneceriam na mesma precariedade que no estado de natureza. Desse modo:

²¹⁷ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Introdução de J.W. Gough. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis-RJ: Vozes, 1994 (coleção clássicos do pensamento político). p. 163.

²¹⁸ *Idem, ibidem*, p. 169.

²¹⁹ LOCKE, John. *Op. cit.*, p. 163-4.

O poder absoluto arbitrário, ou governo sem leis estabelecidas e permanentes, é absolutamente incompatível com as finalidades da sociedade e do governo, aos quais os homens não se submeteriam à custa da liberdade do estado de natureza, senão para preservar suas vidas, liberdades e bens; e graças a regras que definissem expressamente o direito e a propriedade²²⁰.

Na opinião dessa teoria, o poder soberano visa o bem da sociedade e, por isso, não deve ser arbitrário ou seguir a vontade do governante, mas as leis estabelecidas e promulgadas. Agindo desse modo, de um lado “o povo pode conhecer seu dever e fica seguro e protegido dentro dos limites da lei” e de outro “os governantes, mantidos dentro dos seus devidos limites, não ficarão tentados pelo poder que detêm em suas mãos e não o utilizarão para tais propósitos nem por medidas desconhecidas do povo e contrárias a sua vontade”²²¹.

O segundo limite ao poder legislativo de toda sociedade civil, sob todas as formas de governo, é o bem comum, isto é, as leis só devem ter uma finalidade: o bem do povo. Significa dizer que o poder soberano não pode ser exercido de maneira absolutamente arbitrária sobre as vidas e sobre as fortunas das pessoas. Sendo o poder legislativo apenas a fusão dos poderes que cada membro da sociedade delega à pessoa ou à assembléia que tem a função do legislador, forçosamente permanece circunscrito dentro dos mesmos limites que o poder que estas pessoas detinham no estado de natureza antes de se associarem em sociedade e a ele renunciaram em *prol* da comunidade social. Nas palavras de John Locke, “ninguém pode transferir para outra pessoa mais poder do que ele mesmo possui; e ninguém tem um poder arbitrário absoluto sobre si mesmo ou sobre qualquer outro para destruir sua própria vida ou privar um terceiro de sua vida ou de sua propriedade”²²².

Desse modo, John Locke concebeu em sua época (na última década do século XVII) que mesmo considerado em suas maiores dimensões, o poder soberano se limita ao bem público da sociedade, isto é, trata-se, portanto:

[...] de um poder que não tem outra finalidade senão a preservação, e por isso nunca tem o direito de destruir, escravizar ou, intencionalmente, empobrecer os súditos. As obrigações da lei da natureza não se extinguem na sociedade, mas em muitos casos elas são delimitadas mais estritamente e devem ser sancionadas por leis humanas que lhes anexam penalidades para garantir seu cumprimento²²³.

²²⁰ *Idem, ibidem*, p. 164.

²²¹ *Ibid*, p. 164.

²²² LOCKE, John. *Op. cit.*, p. 169;163.

²²³ *Idem, ibidem*, p. 163-4.

A terceira restrição de John Locke ao poder soberano é a proteção da propriedade, sob o argumento liberal-individualista de que o poder supremo não pode tomar para si nenhuma parte da propriedade de qualquer de seus súditos sem o seu próprio consentimento. Nas explicações de John Locke:

[...] seja quem for à pessoa em cujas mãos está depositado o governo, como este só lhe foi confiado sob condição e para um fim preciso, ou seja, que todos os homens podem continuar donos de seus bens com toda segurança, o príncipe, o senado, ou seja, quem for que tenha o poder de fazer as leis para a regulamentação da propriedade entre os súditos, jamais tem o poder de tomar para si o conjunto ou qualquer parte da propriedade dos súditos sem seu próprio consentimento. Isto equivaleria a privá-los de toda propriedade. E para nos garantirmos que mesmo o poder absoluto, quando é necessário, não é arbitrário apesar de absoluto, mas há sempre razões que o limitam e finalidades que os circunscrevem [...]²²⁴.

Por fim, outro dado destacado por John Locke como limitativo do poder legislativo supremo é a intransferibilidade, tendo em vista que apenas o povo poderia modificar a forma de sociedade política. Nas suas palavras “o poder legislativo não pode transferir para quaisquer outras mãos o poder de legislar; ele detém apenas um poder que o povo lhe delegou e não pode transmiti-lo para outros”. Assim:

Só o povo pode estabelecer a forma de comunidade social, o que faz instituindo o poder legislativo e designando aqueles que devem exercê-lo. E quando o povo disse que queremos nos submeter a regras e ser governados por leis feitas por tais pessoas, seguindo tais formas, ninguém pode dizer que outras pessoas diferentes legislarão por elas; nem o povo pode ser obrigado a obedecer quaisquer leis, exceto aquelas promulgadas por aqueles a quem ele escolheu e autorizou para fazer as leis em seu nome²²⁵.

Estes são, portanto, “os limites que impõe ao poder legislativo de toda sociedade civil, sob todas as formas de governo, a missão de confiança da qual ele foi encarregado pela sociedade e pela lei de Deus e da natureza”²²⁶.

Ressalte-se, porém, que John Locke não utiliza o termo “soberano” como o fez Thomas Hobbes, e tem sido afirmado, inclusive, que na medida em que John Locke limita e divide os poderes do governo, seu argumento é dirigido contra a verdadeira idéia de soberania. Porém, é claro que embora tenha rejeitado a arbitrariedade do soberano de Thomas Hobbes, segurou um elemento essencial no conceito de soberania, a supremacia da autoridade que elabora as leis. John Locke afirma categoricamente que o legislativo deve ser o poder supremo, e todos os outros poderes em quaisquer membros ou partes da

²²⁴ *Ibid*, p. 167.

²²⁵ *Ibid*, p. 167.

²²⁶ LOCKE, John. *Op. cit.*, p. 168.

sociedade são derivados dele e a ele subordinados. John Locke não imaginou que o poder legislativo supremo estava limitado por lei positiva. O que pretendeu era que a soberania estivesse sujeita à lei moral²²⁷.

A teoria de John Locke, ao defender que caso o governo não cumprisse a sua função, o poder retornaria ao povo que poderia designar um novo mandatário, um novo legislador, se aproxima da soberania popular contemporânea²²⁸. Ademais, as idéias de John Locke influenciaram a “edificação da teoria da separação de poderes, sustentáculo das democracias modernas”²²⁹.

É importante lembrar que a teoria da separação de poderes tem suas origens em Aristóteles, em sua clássica obra “política”, escrita por volta de 325 a.C., onde analisa, além dos poderes políticos, a estrutura e o comportamento das autoridades administrativas e judiciárias. No capítulo XI do sexto livro, sob o título “dos três poderes existentes em todo governo”, expressa que:

Em todo governo [democracia²³⁰, oligarquia²³¹ e aristocracia²³² ou república²³³], existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas. O primeiro destes três poderes é o que delibera sobre os negócios do Estado. O segundo compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e a maneira de satisfazê-las. O terceiro abrange os cargos de jurisdição²³⁴.

Apesar dessa gênese antiga da teoria da separação de poderes, a primeira sistematização doutrinária sobre o assunto é atribuída a John Locke, na forma exposta em sua obra “segundo tratado sobre o governo”, escrita em 1690. Com base no Estado inglês de seu tempo, John Locke verifica a existência de quatro funções fundamentais, exercidas por dois órgãos do poder estatal: a função legislativa caberia ao Parlamento; a função executiva, exercida pelo rei, comportava um desdobramento, chamando-se função

²²⁷ *Idem, ibidem, in:* introdução de J.W. Gough, p. 26.

²²⁸ FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Op. cit.*, p. 109.

²²⁹ *Idem, ibidem*, p. 110.

²³⁰ “Democracia: governo em que o povo exerce a sua soberania” (MOREIRA, José Francisco (org.); *et alli*. **Dicionário môr da língua portuguesa**. V. 2. São Paulo: Livro’mor Editora, 1967. p. 703).

²³¹ “Oligarquia: forma de governo que é liderada e governada por pequeno grupo de pessoas, da mesma família ou partido político” (MOREIRA, José Francisco (org.); *et alli*. V. 3. p. 1590).

²³² “Aristocracia: agrupamento de pessoas nobres. Forma de governo em que se sobressai a nobreza” (MOREIRA, José Francisco (org.); *et alli*. V. 1. p. 242).

²³³ “República: governo de uma Nação em que se tem em vista o interesse geral de todos os cidadãos; o interesse comum; Nação que segue esse regime político; [...]” (MOREIRA, José Francisco (org.); *et alli*. V. 4. p. 1888).

²³⁴ ARISTÓTELES. *Colección ciencias políticas*. Montevideo, Uruguay: Libros en Red - Amertown International S.A., 2004. p. 191.

federativa quando se tratasse do poder de guerra e de paz, de ligas e alianças, e de todas as questões que devessem ser tratadas fora do Estado; e a quarta função, também exercida pelo rei, era a prerrogativa, conceituada como “o poder de fazer o bem público sem se subordinar a regras”²³⁵.

Para John Locke, depois de definida a forma de governo (como visto, entendia que qualquer que seja a forma de Estado, “todo o governo não possui outra finalidade além da conservação da propriedade”), caberia à maioria escolher o Poder Legislativo, que no pensamento de John Locke é superior aos demais, denominando-o “poder supremo”. Ao Legislativo se subordinam tanto o Poder Executivo, confiado ao príncipe, como o Poder Federativo, encarregado das relações exteriores (guerra, paz, alianças e tratados). Verifica-se, portanto, no pensamento de John Locke, uma clara separação entre o Poder Legislativo, de um lado, e os poderes Executivo e Federativo, de outro, os dois últimos podendo, inclusive, ser exercidos pelo mesmo magistrado. Para John Locke, os principais fundamentos do estado civil são: o livre consentimento dos indivíduos para o estabelecimento da sociedade, o livre consentimento da comunidade para a formação do governo, a proteção dos direitos de propriedade pelo governo, o controle do Executivo pelo Legislativo e o controle do governo pela sociedade²³⁶.

No pensamento de John Locke (Capítulo XII - dos poderes Legislativo, Executivo e Federativo da comunidade civil, parágrafos nº 143 e nº 144):

O poder legislativo é aquele que tem competência para prescrever segundo que procedimentos a força da comunidade civil deve ser empregada para preservar a comunidade e seus membros. [...]. Mas como as leis que são feitas num instante e um tempo muito breve permanecem em vigor de maneira permanente e durável e é indispensável que se assegure sua execução sem descontinuidade, ou pelo menos que ela esteja pronta para ser executada, é necessário que haja um poder que tenha uma existência contínua e que garanta a execução das leis à medida em que são feitas e durante o tempo em que permanecerem em vigor. Por isso, freqüentemente o poder legislativo e o executivo ficam separados²³⁷.

John Locke menciona, por último, o Poder Federativo da República, como responsável pela segurança e defesa dos interesses da comunidade fora dela. Nas suas palavras:

²³⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Op. cit.*, p. 183.

²³⁶ WEFFORT, Francisco C. (org.). **Os clássicos da política**: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, “o federalista”. 13. ed., 9ª impressão, v. 1. Série Fundamentos, nº 62. São Paulo: Ática, 2003. p. 87.

²³⁷ LOCKE, John. *Op. cit.*, p. 170-1.

Parágrafo 145: Em toda comunidade civil existe um outro poder, que se pode chamar de natural porque corresponde ao que cada homem possuía naturalmente antes de entrar em sociedade. Mesmo que os membros de uma comunidade civil permaneçam pessoas distintas em suas referências mútuas e como tais sejam governados pelas leis da sociedade, em referência ao resto da humanidade eles formam um corpo único, e este corpo permanece no estado de natureza em referência ao resto da humanidade, como cada um de seus membros estava anteriormente. Isso explica que as controvérsias que surgirem entre qualquer homem da sociedade e aqueles que a ela não pertencem sejam administradas pelo público e que um dano causado a um membro daquela comunidade implica em que todo o conjunto seja obrigado a reparar. Assim, sob este ponto de vista, a comunidade toda é um corpo único no estado da natureza com respeito a todos os outros estados ou a todas as outras pessoas que não pertençam a sua comunidade²³⁸.

Nos parágrafos nº 146 e nº 147 expressa que:

Isto, por conseguinte compreende o poder da guerra e da paz, de fazer ligas e alianças, e todas as transações com todas as pessoas e sociedades fora da república, e pode-se chamar federativo, se quiserem. Com tanto que se entenda o que quero dizer, pouco me importa o nome. Parágrafo nº 147: estes dois poderes, Executivo e Federativo, não obstante serem realmente distintos, todavia compreendendo um a execução das leis municipais da sociedade no interno, sobre tudo aquilo que a constitui; o outro o manejo da segurança e interesse do público no externo, com todos aqueles de quem pode receber benefício ou dano; estão, todavia quase sempre unidos. E ainda que este poder federativo é de grande consequência para a República segundo a sua boa ou má administração, é com tudo muito menos capaz de ser dirigido por meio de leis antecedentes, fixas e positivas, do que o Executivo; e por isso necessariamente se deve deixar à prudência e saber daqueles, em cujas mãos está, para o exercerem para bem do público; pois que as leis que dizem respeito aos súbditos entre si, sendo para dirigir as suas ações, podem muito bem precedê-las; mas aquilo que se deve fazer em relação aos estrangeiros, dependendo muito das suas ações, e da variação dos desígnios e interesses, deve deixar-se em grande parte à prudência daqueles, em cujas mãos está este poder, para ser manejado do melhor modo que eles puderem e para vantagem da república²³⁹.

E finaliza o Capítulo XII, com o parágrafo nº 148, que traz o seguinte texto:

Embora, como eu disse, os poderes executivo e federativo de cada comunidade sejam realmente distintos em si, dificilmente devem ser separados e colocados ao mesmo tempo nas mãos de pessoas distintas; e como ambos requerem a força da sociedade para o seu exercício, é quase impraticável situar a força da comunidade civil em mãos distintas e sem elo hierárquico; ou que os poderes executivo e federativo sejam confiados a pessoas que possam agir separadamente; isto equivaleria a submeter a força pública a comandos diferentes e resultaria, um dia ou outro, em desordem e ruína²⁴⁰.

Em síntese, no pensamento de John Locke, “quando o Executivo ou o Legislativo violam a lei estabelecida e atentam contra a propriedade, o governo deixa de cumprir o fim a que fora destinado, tornando-se ilegal e degenerando em tirania”²⁴¹.

²³⁸ *Idem, ibidem*, p. 171.

²³⁹ LOCKE, John. *Op. cit.*, p. 171-2.

²⁴⁰ *Idem, ibidem*, p. 172.

²⁴¹ WEFFORT, Francisco C. (org.). *Op. cit.*, p. 87.

Contudo, a teoria da separação de poderes concebida como um sistema em que se conjugam o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário, harmônicos e independentes entre si, só foi tratada em meados do século XVIII, quase meio século antes da Revolução Francesa (1789-1799), pelo aristocrata francês *Charles Louis de Secondat*, senhor de *La Bredé* e Barão de Montesquieu, conhecido como “Charles de Montesquieu”, ou simplesmente “Montesquieu” (1689-1755), na sua obra *l'esprit des lois*, publicada em 1748. Embora inspirado em John Locke, atribui-se a Montesquieu a expressa inclusão do poder de julgar dentre os poderes fundamentais do Estado. Seus conceitos de formas de governo e exercícios da autoridade política exerceram significativa influência no pensamento político e inspiraram a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, elaborada durante a Revolução Francesa.

Montesquieu, partindo dos pressupostos de John Locke, aperfeiçoou a teoria de Aristóteles e contribuiu para a implantação do sistema de “freios e contrapesos”, que consiste na contenção do poder pelo poder.

Na interpretação de Dalmo de Abreu Dallari, Montesquieu identifica no poder do Estado funções intrinsecamente diversas e inconfundíveis, mesmo quando confiadas a um só órgão. Na opinião de Montesquieu, o normal seria a existência de um órgão próprio para cada função, tendo considerado indispensável que o Estado se organizasse com três poderes²⁴² conforme expressa, no Capítulo VI, quando trata “da Constituição da Inglaterra”, que:

Existem em cada Estado três tipos de poder: o Poder Legislativo, o Poder Executivo das coisas que emendem do direito das gentes e o Poder Executivo daquelas que dependem do direito civil. Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente Poder Executivo do Estado. A liberdade política, em um cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre a sua segurança; e para que se tenha esta liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão²⁴³.

Com clareza, Montesquieu revela os contornos da acepção, que seria a mais difundida, da separação de poderes:

²⁴² DALLARI, Dalmo de Abreu. *Op. cit.*, p. 183.

²⁴³ MONTESQUIEU, Charles de. **O espírito das leis**. Título original: *L'esprit des lois*. In: *Versão Digital publicada pela Revista Científica ICTEBA, Bahia*, 05 jun. 2001. Disponível em: <http://www.ictaba.org.br/trabalhos/MONTESQUIEU_-_O_Espirito_das_Leis_-_fcknwrath.k6.com.br.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2008. p. 75.

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o Poder Legislativo está reunido ao Poder Executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do Poder Legislativo e do Executivo. Se estivesse unido ao Poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao Poder Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares²⁴⁴.

Mais adiante, Montesquieu explica como a tripartição de poderes serve para garantir liberdades e limitar poderes:

O corpo representante tampouco deve ser escolhido para tomar alguma decisão ativa, coisa que não faria direito, mas para fazer leis, ou para ver se foram bem executadas aquelas que fez, coisa que pode muito bem fazer e, até mesmo, só ele pode fazer bem. Sempre há, num Estado, pessoas distintas pelo nascimento, pelas riquezas ou pelas honras; mas se elas estivessem confundidas no meio do povo e só tivessem uma voz como a dos outros a liberdade comum seria sua escravidão, e elas não teriam nenhum interesse em defendê-la, porque a maioria das resoluções é contra elas. A parte que lhes cabe na legislação deve então ser proporcional às outras vantagens que possuem no Estado, o que acontecerá se formarem um corpo que tenha o direito de limitar as iniciativas do povo, assim como o povo tem o direito de limitar as deles. Assim, o Poder Legislativo será confiado ao corpo dos nobres e ao corpo que for escolhido para representar o povo, que terão cada um suas assembléias e suas deliberações separadamente, e opiniões e interesses separados²⁴⁵.

Conforme Luciana de Medeiros Fernandes, Montesquieu não era contratualista, não tendo conferido importância à instituição do poder, mas sim, à sua realização. A divisão de funções fundamentais do Estado, na forma adotada por Montesquieu, “não implicaria inexistência de soberania, mas apenas que o poder soberano seria uma decorrência do equilíbrio dessas funções”²⁴⁶.

De acordo com Dalmo de Abreu Dallari, o ponto obscuro da teoria de Montesquieu está na “indicação das atribuições de cada um dos poderes”²⁴⁷. É que ao lado do Poder Legislativo coloca um Poder Executivo “das coisas que emendem do direito das gentes e o Poder Executivo daquelas que dependem do direito civil”, no entanto, ao explicar as atribuições do Poder Executivo daquelas que dependem do direito civil, diz que por ele o Estado “castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares” (poder de julgar),

²⁴⁴ *Idem, ibidem*, p. 75.

²⁴⁵ MONTESQUIEU, Charles de. *Op. cit.*, p. 76-7.

²⁴⁶ FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Op. cit.*, p. 110;111.

²⁴⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Op. cit.*, p. 183.

sendo que o Poder Executivo das coisas que emendem do direito das gentes é o Poder Executivo do Estado propriamente dito²⁴⁸.

Percebe-se, juntamente com Dalmo de Abreu Dallari, que Montesquieu “não dá ao Estado qualquer atribuição interna, a não ser o poder de julgar e punir”. Desta forma, “as leis, elaboradas pelo Legislativo, deveriam ser cumpridas pelos indivíduos, e só haveria interferência do Executivo para punir quem não as cumprisse”. Verifica-se a preocupação de Montesquieu com a não-interferência do Estado nas relações privadas, dando atribuições restritas ao poder estatal, sem se preocupar em assegurar sua eficiência. O mais importante seria, então, a separação tripartida dos poderes como técnica para a limitação dos poderes e da garantia da liberdade individual e não da eficiência do Estado²⁴⁹. Assim é que a Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, consta do parágrafo V, que:

O Poder Legislativo e o Poder Executivo do Estado devem ser distintos e separados da autoridade judiciária; e a fim de que também eles de suportar os encargos do povo e deles participar possa ser reprimido todo o desejo de opressão dos membros dos dois primeiros devem estes em tempo determinado, voltar à vida privada, reentrar no corpo da comunidade de onde foram originariamente tirados; os lugares vagos deverão ser preenchidos pôr eleições, freqüentes, certas e regulares²⁵⁰.

A teoria da separação de poderes foi, também, aderida pela primeira e única Constituição dos Estados Unidos da América, proclamada em 1786, que dedica o artigo 1º ao Poder Legislativo, o artigo 2º ao Poder Executivo e o artigo 3º ao Poder Judiciário, “não admitindo interferências recíprocas nem a transferência de poderes, ainda que parcial e temporária”²⁵¹. Veja-se:

Artigo I, seção 1: todos os poderes legislativos conferidos por esta Constituição serão confiados a um Congresso dos Estados Unidos composto de um Senado e de uma Câmara de Representantes. [...]. Artigo II, seção 1: o Poder Executivo será investido em um Presidente dos Estados Unidos da América. Seu mandato será de quatro anos, e, juntamente com o Vice Presidente, escolhido para igual período, será eleito pela forma seguinte: [...]. Artigo III, seção 1: o Poder Judiciário dos Estados Unidos será investida em uma Suprema Corte e nos tribunais inferiores que forem oportunamente estabelecidos por determinações do Congresso. Os juizes, tanto da Suprema Corte como dos tribunais inferiores, conservarão seus cargos enquanto bem servirem, e perceberão por seus serviços

²⁴⁸ MONTESQUIEU. *Op. cit.*, p. 75.

²⁴⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Op. cit.*, p. 184.

²⁵⁰ DIREITO INTERNACIONAL, Legislação. **Declaração dos Direitos da Virgínia, 12 de junho de 1776.** In: *DHnet, Rede Direitos Humanos e Cultura*. Disponível em:

<<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1776.htm>>. Acesso em: 20 mai. 2008.

²⁵¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Op. cit.*, p. 184.

uma remuneração que não poderá ser diminuída durante a permanência no cargo. [...] ²⁵².

Mais tarde, a teoria da separação de poderes na concepção idealizada por Montesquieu aparece com mais ênfase, sendo transformada em princípio fundamental da organização política liberal, expressa no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: “toda sociedade que não assegura a garantia dos direitos, nem determina a separação de poderes, não tem Constituição” (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789). Essa declaração marca o início do Estado de Direito.

Desde então, a preocupação com a separação de poderes, visando proteger a liberdade, influenciou o movimento constitucionalista, resultando consagrada nas Constituições de quase todo o mundo. Nesse sentido, o princípio da separação dos poderes foi aderida em larga escala pelas Constituições dos séculos XVIII e XIX, em obediência ao dogma inscrito no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 ²⁵³.

Com suas idéias políticas, John Locke influenciou sobremaneira o pensamento ocidental, pois suas teses se encontram na base das democracias liberais. Sua obra “dois tratados sobre o governo civil” justificou a revolução burguesa na Inglaterra do século XVII (1640 a 1689). No século XVIII, os iluministas franceses buscaram em John Locke as principais idéias responsáveis pela Revolução Francesa. Também Montesquieu se inspirou em John Locke para formular a teoria da separação dos poderes. A mesma influência encontra-se nos pensadores americanos que colaboraram para a declaração da Independência Americana, em 1776 ²⁵⁴.

Seguindo-se a linha cronológica proposta, traz-se à colação a teoria de Jean-Jacques Rousseau (1712 a 1778), que foi um filósofo e teórico político suíço, cuja obra “o contrato social” onde defende a idéia da soberania popular e a centralização determinada pela vontade geral, em desconsideração aos interesses individuais de John Locke. Embora contratualista, “a liberdade, em obediência às leis, sendo estas expressão da vontade geral,

²⁵² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Constituição (1787). **A Constituição dos Estados Unidos da América, assinada em 17 de Setembro de 1787 e efectivada em 21 de Junho de 1788**. Disponível em: <<http://braziliantranslated.com/eacon01.html>>. Acesso em: 20 mai. 2008.

²⁵³ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: estrutura constitucional do Estado. 5. ed., tomo III. Lisboa: Coimbra Editora, 2004. p. 383.

²⁵⁴ WOZLEY, Anthony Douglas. **John Locke**: ensaio acerca do entendimento humano. Tradução de Anoar Aiex. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 17.

delineada por Jean-Jacques Rousseau, era diferente da liberdade como se encontrava em John Locke”. Para Jean-Jacques Rousseau a liberdade vincula-se à igualdade, “devendo ser compreendida pela noção de solidariedade e correspondendo a uma possibilidade que se realiza”. Para John Locke a liberdade associa-se à propriedade²⁵⁵. É que, para Jean-Jacques Rousseau:

[...] o pacto fundamental, ao invés de destruir a igualdade natural, substitui, ao contrário, por uma igualdade moral e legítima a desigualdade física que a Natureza pode pôr entre os homens, fazendo com que estes, conquanto possam ser desiguais em força ou em talento, se tornem iguais por convenção e por direito²⁵⁶.

De acordo com Jean-Jacques Rousseau o contrato social foi a forma de associação idealizada para a proteção das pessoas e seus bens sem que com isso fosse necessária a perda da liberdade. O ente político formado por essa associação, que antes era denominado de “cidade”, agora traduz-se na “república” ou “corpo político”, chamado por seus membros de “Estado”, quando é passivo; de “soberano”, quando é ativo; e de “autoridade”, quando comparado a seus semelhantes. Os associados, por sua vez, adquirem coletivamente o nome de “povo”, e se chamam particularmente “cidadãos” na qualidade de participantes na autoridade soberana, e “vassalos” quando sujeitos às leis do Estado²⁵⁷.

O “ato de associação” referido por Jean-Jacques Rousseau “encerra um acordo recíproco do público com os particulares” e cada contratante, consigo mesmo, se encontra “sob uma dupla relação, a saber: como membro do soberano para com os particulares, e como membro do Estado para com o soberano”. Nas suas palavras:

[...] o corpo político ou o soberano, extraindo sua existência cinicamente da pureza do contrato, não pode jamais obrigar-se, mesmo para com outrem, a nada que derroque esse ato primitivo, como alienar qualquer porção de si mesmo, ou submeter-se a outro soberano. Violar o ato pelo qual existe seria aniquilar-se, e o que nada é nada produz²⁵⁸.

Jean-Jacques Rousseau assim define soberania:

Se o Estado ou a cidade só constitui uma pessoa moral, cuja vida consiste na união de seus membros, e se o mais importante de seus cuidados é o de sua própria conservação, é necessário uma força universal e compulsória para mover e dispor cada uma das partes da maneira mais conveniente para o todo. Como a natureza dá a cada homem um poder absoluto sobre todos os seus membros, dá o

²⁵⁵ FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Op. cit.*, p. 112;113.

²⁵⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Rolando Roque da Silva. Edição eletrônica: Editor Ridendo Castigat Mores. Versão para eBook, março de 2002. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org>>. Acesso em: 20 mai. 2008. p. 35.

²⁵⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Op. cit.*, p. 26.

²⁵⁸ *Idem, ibidem*, p. 26-7.

pacto social ao corpo político um poder absoluto sobre todos os seus, e é esse mesmo poder que, dirigido pela vontade geral, recebe, como eu disse, o nome de soberania²⁵⁹.

Nas palavras de Jean-Jacques Rousseau:

Há muitas vezes grande diferença entre a vontade de todos e a vontade geral: esta olha somente o interesse comum, a outra o interesse privado, e outra coisa não é senão a soma de vontades particulares; mas tirai dessas mesmas vontades as que em menor ou maior grau reciprocamente se destroem, e resta como soma das diferenças a vontade geral. [...] todo ato de soberania, isto é, todo ato autêntico da vontade geral, obriga ou favorece todos os cidadãos, de maneira que o soberano apenas conheça o corpo da nação e não distinga nenhum dos corpos que a compõem²⁶⁰.

Percebe-se, juntamente com Luciana de Medeiros Fernandes que:

A soberania, para Jean-Jacques Rousseau, seria o poder absoluto (“força universal e compulsiva”), orientado pela vontade geral, que se conferiria ao corpo político, através do pacto social, e que permitiria a imposição de condutas mais convenientes ao todo. Soberana, portanto, seria a vontade geral. Tratar-se-ia aí da vontade da comunidade como um todo e não da vontade dos membros que comporiam esta comunidade. Note-se que a vontade geral não se confundiria com a vontade de todos. A vontade geral sempre seria pertinente ao interesse comum, à utilidade pública, enquanto à vontade de todos corresponderia apenas à soma das vontades individuais²⁶¹.

As características da soberania, na concepção de Jean-Jacques Rousseau, são: inalienabilidade, indivisibilidade, infalibilidade e o fato de ser absoluta, mas não ilimitada.

Explica que a soberania, sendo um exercício da vontade geral, jamais se pode alienar, sendo que o soberano, que nada mais é senão um ser coletivo, não pode ser representado a não ser por si mesmo. Assim, “é perfeitamente possível transmitir o poder, não, porém, a vontade”²⁶². Significa dizer que “a soberania não poderia ser delegada, tendo se oposto ao governo representativo”²⁶³. Prossegue expondo que:

Pela mesma razão que a torna inalienável, a soberania é indivisível, porque a vontade é geral, ou não o é; é a vontade do corpo do povo, ou apenas de uma de suas partes. No primeiro caso, essa vontade declarada constitui um ato de soberania e faz lei; no segundo, não passa de uma vontade particular ou um ato de magistratura: é, no máximo, um decreto²⁶⁴.

Desse modo, Jean-Jacques Rousseau se posiciona de forma contrária à separação de poderes de Montesquieu e John Locke e, também, “contra os corpos intermediários, que

²⁵⁹ *Ibid*, p. 42-3.

²⁶⁰ *Ibid*, p. 41;46.

²⁶¹ FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Op. cit.*, p. 113.

²⁶² ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Op. cit.*, p. 36.

²⁶³ FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Op. cit.*, p. 113.

²⁶⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Op. cit.*, p. 38.

reproduziriam os interesses unicamente particulares. Por consequência, todos os direitos decorrentes da soberania, como tributação, administração, legislação, pressuporiam sempre a vontade suprema”²⁶⁵.

Sobre a infalibilidade, Jean-Jacques Rousseau afirma que “a vontade geral pode errar”, explicando que tal afirmativa “resulta do precedente que a vontade geral é sempre reta e tende sempre para a utilidade pública”, porém, “não significa que as deliberações do povo tenham sempre a mesma retitude”, ou seja, “quer-se sempre o próprio bem”, no entanto, “nem sempre se o vê: nunca se corrompe o povo, mas se o engana com freqüência, e é somente então que ele parece desejar o mal”²⁶⁶. Em essência, a soberania de Jean-Jacques Rousseau é infalível porque “a vontade geral é invariavelmente reta, destinando-se à utilidade pública e inativando interesses individuais”²⁶⁷.

Por fim, soberania de Jean-Jacques Rousseau é absoluta, mas não ilimitada, já que o “soberano não poderia tratar os cidadãos desigualmente”. Veja-se:

[...] o pacto social estabelece tal igualdade entre os cidadãos, que os coloca todos sob as mesmas condições e faz com que todos usufruam dos mesmos direitos. Destarte, pela natureza do pacto, todo ato de soberania, isto é, todo ato autêntico da vontade geral, obriga ou favorece todos os cidadãos, de maneira que o soberano apenas conheça o corpo da nação e não distinga nenhum dos corpos que a compõem. Que é, pois, na realidade, um ato de soberania? Não é um convênio entre o superior e o inferior, mas uma convenção do corpo com cada um de seus membros: convenção legítima, porque tem por base o contrato social; eqüitativa, porque é comum a todos; útil, porque não leva em conta outro intento que não o bem geral, porque possui como fiadores a força do público e o poder supremo. Enquanto os vassalos estiverem apenas sujeitos a tais convenções, não obedecerão a ninguém, mas unicamente à própria vontade; e perguntar até aonde se estendem os respectivos direitos do soberano e dos cidadãos é perguntar até que ponto podem estes empenhar-se consigo mesmos, cada um com todos, e todos com cada um deles²⁶⁸.

E conclui:

Vê-se por aí que o poder soberano, todo absoluto, todo sagrado, todo inviolável que é, não passa nem pode passar além dos limites das convenções gerais, e que todo homem pode dispor plenamente da parte de seus bens e da liberdade que lhe foi deixada por essas convenções; de sorte que o soberano jamais possui o direito de sobrecarregar um vassalo mais que outro, porque então, tornando-se o negócio particular, deixa o seu poder de ser competente. Uma vez admitidas essas distinções, é tão falso haver no contrato da parte dos particulares, qualquer renúncia verdadeira, que sua situação, por efeito do contrato, se torna realmente preferível à que tinha anteriormente, pois que, em lugar de uma alienação, fizeram a troca vantajosa de uma maneira incerta e precária por uma outra

²⁶⁵ FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Op. cit.*, p. 113.

²⁶⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Op. cit.*, p. 40-1.

²⁶⁷ FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Op. cit.*, p. 113-4.

²⁶⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Op. cit.*, p. 46.

melhor e mais segura, da independência natural pela liberdade, do poder de causar dano a outrem por sua própria segurança, e da força, que podia ser por outros sobrepujada, por um direito que a união social transforma em invencível. A própria vida, consagrada por eles ao Estado, fica continuamente protegida, e quando a expõem na defesa deste, que fazem então senão devolver o que dele receberam? Que fazem eles além do que teriam freqüentemente feito, e com maior perigo, no estado natural, quando, entregando-se a inevitáveis combates, defendessem, com perigo de vida, o que lhes serve para a conservar? Todos devem necessariamente lutar em defesa da pátria, é verdade; mas também é verdade que ninguém necessita de combater para a própria defesa. Com referência à nossa segurança, não ganhamos ainda, quando nos dispomos a correr os riscos que seriam necessários correr em nosso favor tão logo fossemos dessa segurança despojados?²⁶⁹.

Nesse sentido, a soberania de Jean-Jacques Rousseau se aproxima mais das idéias de Thomas Hobbes do que de John Locke, em decorrência de “sua tendência à construção de um despotismo da maioria”. Conforme Luciana de Medeiros Fernandes:

É de se perceber que tanto para Jean-Jacques Rousseau, como para Thomas Hobbes, o contrato social seria um ato de renúncia a direitos naturais, mas, enquanto para Thomas Hobbes essa renúncia se daria em *prol* do soberano, para Jean-Jacques Rousseau, a renúncia de direitos se verificaria em favor de todos, “por cada indivíduo (considerado singularmente) para si mesmo (como membro de uma totalidade)”²⁷⁰.

Para o francês Jean-Jacques Chevallier (1900-1983), aqui citado por Luciana de Medeiros Fernandes:

[...] Jean-Jacques Rousseau quis erigir, lembrando-se de Genebra, uma soberania sem perigo para os governados e, apesar disso, tão augusta, majestosa e exigente quanto à soberania de um só, segundo Jean Bodin, Thomas Hobbes e Jacques-Benigne Bossuet. Soberania do povo, isto é, dos cidadãos em conjunto, soberania inteiramente abstrata, em substituição à soberania concreta de Luís XIV, usurpada sobre a de Deus! Soberania que opõe O Estado sou eu, do monarca absoluto, O Estado somos nós, dos governados em conjunto!²⁷¹.

Constata-se, desse modo, em concorde com Luciana de Medeiros Fernandes, que na evolução traçada por Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau:

[...] ocorreu a passagem da soberania do monarca para a soberania do povo e, conseqüentemente, os direitos, anteriormente titularizados pelo monarca de Thomas Hobbes, foram transferidos para os indivíduos, em John Locke, encontrando, por outro lado, em Jean-Jacques Rousseau, senão uma intensificação, pelo menos uma ampliação. Dir-se-á que os homens saíram da condição de súditos e ingressaram na situação de pessoa, detentora de direitos decorrentes de sua humanidade. Diz Jürgen Habermas: “com a mudança republicana da soberania monárquica para a soberania popular, aqueles direitos conferidos de forma paternalista transformaram-se em direitos humanos civis”²⁷².

²⁶⁹ *Idem, ibidem*, p. 46-8.

²⁷⁰ FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Op. cit.*, p. 114 (grifos da autora).

²⁷¹ Jean-Jacques Chevallier *apud* FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Op. cit.*, p. 114.

²⁷² FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Op. cit.*, p. 114 (grifo da autora).

Ao definir o governo como um órgão da vontade geral, Jean-Jacques Rousseau concebeu que “o único governo possível seria a democracia direta, da qual todos participariam”. Desse modo, acabou por idealizar a teoria da soberania popular, também chamada de “soberania fracionada”, preparando o campo para as mudanças decorrentes da Revolução Francesa e servindo de inspiração para os regimes democráticos. Jean-Jacques Rousseau “concebia a soberania enquanto dividida entre todos os membros da comunidade, residindo sempre e necessariamente no povo, tomado enquanto unidade influente dos elementos pessoais individuais”²⁷³.

Enquanto o suíço Jean-Jacques Rousseau foi um precursor da Revolução Francesa (1789 a 1799), o filósofo e contratualista alemão Emanuel Kant (1724 a 1804) tentou compreendê-la. Apesar de algumas influências recebidas de Jean-Jacques Rousseau, Emanuel Kant é “substancialmente um escritor liberal, na linha do pensamento liberal que forma a concepção política do iluminismo, à qual ele se ajusta e da qual é um dos teóricos mais coerentes”²⁷⁴. Da análise de Norberto Bobbio sobre o direito e o Estado no pensamento de Emanuel Kant, extrai-se o que segue:

Digamos logo que Emanuel Kant é contrário por princípio às revoluções e acredita que o progresso real será obtido não através das sublevações catastróficas, mas através de reformas graduais. Entre os diferentes trechos que poderiam ser citados com relação a isso, vamos escolher dois extremamente explícitos. Na “metafísica dos costumes”: “uma mudança na constituição (defeituosa) do Estado, que pode muito bem ser às vezes necessária, pode [...] ser executada somente pelo soberano, mesmo por meio de reformas, mas não pelo povo e, portanto, não por uma revolução, e, se essa revolução de fato tem lugar, ela pode afetar somente o poder executivo, e não o poder legislativo; mas uma mudança do poder executivo, permanecendo firme o legislativo, não é mais, no sentido técnico e rigoroso da palavra, uma revolução, mas uma mudança de governo, simplesmente um golpe de Estado” [...]. No ensaio “o que é o iluminismo?”: “talvez uma revolução possa muito bem determinar a queda de um despotismo pessoal e acabar com uma opressão ávida de ganância ou de poder, mas não provocará nunca uma verdadeira reforma do modo de pensar. Novos preconceitos servirão, como os velhos, para dirigir a grande massa dos que não pensam [...]”²⁷⁵.

Especificamente sobre a Revolução Francesa, a atitude de Emanuel Kant é, ao mesmo tempo, de atração e repulsa, de entusiasmo pela grandiosidade dos eventos e de receio pelo desencadeamento das paixões:

A revolução de um povo de rica espiritualidade, como vimos acontecer nos dias de hoje, pode triunfar ou fracassar; pode acumular miséria e crueldade tais que

²⁷³ *Idem, ibidem*, p. 114.

²⁷⁴ BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alberto Fait. São Paulo: Editora Mandarin, 2000. p. 192.

²⁷⁵ *Idem, ibidem*, p. 238.

um homem de boas idéias, que tivesse a possibilidade de executá-la com sucesso uma segunda vez, não seria induzido a tentar a experiência por tal preço; essa revolução, digo, encontra, porém, no espírito de todos os espectadores (que não estão envolvidos nesse jogo) uma participação de aspirações que está perto do entusiasmo, ainda que a sua manifestação não esteja desligada de perigo e que conseqüentemente, não possa ter outra causa a não ser uma disposição moral da espécie humana²⁷⁶.

A finalidade do Estado liberal, jurídico e formal de Emanuel Kant é o bem comum, “entendido como aquilo que deve ser levado em máxima consideração num Estado, é a constituição legal, que garanta a liberdade por meio da lei e, portanto, permita a cada um alcançar, no âmbito dessa liberdade, a felicidade pessoal”²⁷⁷.

A forma de governo considerada ideal, e, portanto, preferida por Emanuel Kant é a república monárquica, “àquela forma de governo que se tornará comum a todos os Estados da Europa com a queda das monarquias absolutas, ou seja, a monarquia constitucional”²⁷⁸. Emanuel Kant distingue as formas de governo por meio de dois critérios: no sentido das pessoas que detêm o poder soberano e em relação ao modo de governar. Com fundamento no primeiro critério, o Estado pode ser uma autocracia (administrado por um); uma aristocracia (regido por poucos); ou uma democracia (governado por todos). Em relação ao segundo critério, os Estados são diferenciados de acordo com o exercício do poder: legal (república) ou arbitrariamente (despotismo).

Desse modo, a república não se contrapõe à monarquia, mas ao despotismo. Não se trata, portanto, na opinião de Emanuel Kant, de “uma das formas tradicionais de governo, que se distingue com relação às pessoas, mas representa a forma boa de governo contraposta à má”, Desse modo, “nada impede que se possa falar de uma república democrática, de uma república aristocrática e também de uma república monárquica”²⁷⁹. Nas suas palavras:

Portanto, para afastar a guerra, devíamos entrar em tal sociedade, ou seja, na sociedade civil inspirada no ideal da autonomia legislativa, e provisoriamente (porque isso não irá acontecer em breve) é dever dos monarcas, ainda que autocráticos, governar na forma republicana (não democrática), ou seja, tratar o povo segundo princípios das leis de liberdade (ou seja, aqueles que um povo de madura razão prescreveria), ainda que, literalmente, não seja pedido assentimento a esse povo²⁸⁰.

Emanuel Kant adota a teoria de Montesquieu na qual o Estado representa a vontade

²⁷⁶ Emanuel Kant *apud* BOBBIO, Norberto. 2000. *Op. cit.*, p. 238.

²⁷⁷ *Idem, ibidem*, p. 215; 218.

²⁷⁸ BOBBIO, Norberto. 2000. *Op. cit.*, p. 224.

²⁷⁹ *Idem, ibidem*, p. 224.

²⁸⁰ Emanuel Kant *apud* BOBBIO, Norberto. 2000. *Op. cit.*, p. 225..

geral e é composto por três poderes: o Legislativo (soberano), o Executivo e o Judiciário. Na atuação destas três manifestações da autoridade estatal, a premissa maior estaria na lei estabelecida pela vontade do povo (Poder Legislativo dotado de soberania). Deste modo, o Poder Legislativo é concebido por Emanuel Kant como o poder soberano por excelência, que deveria ser exercido somente pela vontade do povo em união. É função do poder soberano estabelecer leis que visam à felicidade, traduzida no bem-estar dos cidadãos. Contudo, ressalta que “isso acontece não com o fito de estabelecer uma constituição civil, mas como meio de garantir o Estado jurídico, sobretudo, contra os inimigos externos do povo”. Para tanto, pontua que:

[...] é preciso que o chefe do Estado tenha o poder para ele próprio e só ele julgar se uma coisa assim é necessária para a prosperidade do corpo comum, indispensável para garantir a sua força e solidez, tanto internamente como contra os inimigos externos; não é, porém, para tornar o povo feliz contra a sua vontade, mas apenas para fazer que ele exista como comunidade²⁸¹.

Desse modo “o chefe do Estado deteria a propriedade eminente não apenas do território do Estado, mas também do povo. O povo lhe pertenceria, não no sentido de propriedade, como direito real, mas, sim, na medida em que o chefe de Estado seria o chefe supremo do povo”. Significa dizer que o Estado seria “um possuidor universal público”, eis que “não possuiria propriedade privada, na medida em que esta pertenceria aos cidadãos, que a receberiam por distribuição realizada pelo Estado; caso contrário, se o Estado fosse possuidor de terras, poderia almejar expandi-las”²⁸².

Na síntese de Luciana de Medeiros Fernandes, Emanuel Kant apresentou vários direitos de soberania, tais como: de exigir impostos, de regulação da economia pública, de inspeção como forma de conservação do Estado (a referência era a fiscalização de “sociedades secretas” da época que pudessem influir no bem comum), de punir e de conceder títulos honoríficos. Emanuel Kant ia mais além em suas colocações, expressando que se para sua segurança e proteção, os indivíduos se unem e instituem um poder público impositivo, então é direito do Estado exigir do povo os meios para amparar os pobres e desamparados: *el gobierno tiene el derecho de obligar a los ricos a facilitar medios de subsistencia a aquellos que carecen de lo indispensable para satisfacer las más imperiosas necesidades de la naturaleza*. Quanto à Igreja, esta deveria ser situada no campo do sentimento de foro íntimo, ou seja, fora da esfera de ação do poder civil, como um poder

²⁸¹ Emanuel Kant *apud* FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Op. cit.*, p. 120.

²⁸² *Idem, ibidem*, p. 120.

supremo invisível, sendo que:

[...] o povo seria livre para constituir sua fé e seus cultos, mas essas formas de expressão não poderiam interferir no poder político, nem pôr em perigo a harmonia da sociedade civil, e mesmo sua manutenção não poderia ficar a cargo do Estado, devendo recair sobre a própria sociedade religiosa²⁸³.

Quanto às relações do Estado com seus súditos e estrangeiros, Emanuel Kant relaciona diversas regras: o súdito não é propriedade do Estado, por isso, tem o direito de ir e vir, emigrar e levar seus bens móveis (os bens imóveis são inerentes ao território do Estado); o estrangeiro, desde que não implicasse diminuição da propriedade dos nativos, poderia ser acolhido pelo príncipe, recebendo do Estado as condições para a fixação em seu território, porém o príncipe poderia exercer os seus direitos de deportação e de exílio²⁸⁴.

No pertinente às relações entre os Estados, lembre-se que Emanuel Kant viveu na Alemanha, entre 1724 e 1804, ou seja, período em que aconteceram, na Europa, as maiores revoluções da história, por isso sua constante referência às guerras, Emanuel Kant se baseou em Jean Jacques Rousseau (*iugement sur la paix perpetuelle*, escrita em 1761, e publicada em 1782, depois de sua morte) para apresentar seu ensaio sobre a “paz perpétua”, onde constata que as relações entre os Estados, reguladas pelo direito das gentes (direito público dos Estados), deveriam ser concebidas em três momentos diferenciados: o direito antes da guerra; o direito durante a guerra; e o direito depois da guerra²⁸⁵. Desse modo, a teoria da paz perpétua, no pensamento de Emanuel Kant, estaria fundamentada em três pontos principais:

a) os Estados, nas suas relações externas, vivem ainda um Estado jurídico provisório. O estado de natureza de Emanuel Kant é um estado de guerra e, portanto, um estado injusto, do mesmo modo como é injusto o estado de natureza entre os indivíduos.

O estado da humanidade, ou seja, uma pretensa sociedade onde de um lado se atue a máxima liberdade e o antagonismo geral de seus membros e de outro a mais rigorosa determinação dos limites de tal liberdade para que ela possa coexistir com a liberdade dos outros membros, poderá ser alcançado, segundo Emanuel Kant, por meio de duas grandes etapas: a primeira é a saída dos indivíduos do estado de natureza e a constituição dos

²⁸³ *Idem apud* FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Op. cit.*, p. 121.

²⁸⁴ Emanuel Kant *apud* FERNANDES, Luciana de Medeiros p. 121-2.

²⁸⁵ *Idem, ibidem*, p. 122.

Estados; a segunda é a saída dos Estados do estado de natureza e a constituição de uma sociedade jurídica universal. Em sua época:

A primeira já foi alcançada: é um evento que pode ser observado com legítimo orgulho. A segunda é o ideal supremo da história futura, para o qual os homens de boa vontade devem tender como para um ideal moral de cuja consecução dependem o desenvolvimento e a estabilidade da civilização humana. E porque esse Estado final é tal que só pode ser assegurado pela paz universal. A paz universal toma-se um ideal moral da humanidade. Como ideal moral, para nós não deve importar se ele poderá ser realizado e quando será realizado. Nós queremos tender para ele porque, sendo um ideal moral, o agir em conformidade constitui um dever nosso, independentemente do fato de que nossos esforços sejam premiados pelo sucesso²⁸⁶.

A “paz perpétua” de Emanuel Kant era um ideal que estaria próximo de se tornar realidade em face das guerras que abalavam a Europa, e das quais, em seu pensamento, era possível derivar a legítima presunção de que os povos se cansariam de se digladiarem e a concretizariam;

b) sendo o estado de natureza injusto, os Estados têm o dever de abandoná-lo e fundar uma federação de Estados, segundo a idéia de um contrato social originário, ou seja, “uma união dos povos por meio da qual eles sejam obrigados a não se intrometer nos problemas internos uns dos outros, mas a proteger-se contra os assaltos de um inimigo externo”²⁸⁷; e

c) a federação pretendida por Emanuel Kant não institui um poder soberano, ou seja, não dá origem a um Estado acima dos outros Estados, ou “super-Estado”, mas assume a figura de uma “associação”, na qual os componentes permanecem num nível de colaboração entre iguais (*societas aequalium*), como se dos dois contratos que, segundo a doutrina tradicional do jusnaturalismo, eram necessários para a formação do Estado, o *pactum societatis* e o *pactum subiunctionis*, tivesse que ser efetivado, para resolver os conflitos entre os Estados, somente o primeiro e de forma alguma o segundo²⁸⁸. Assim:

Da mesma forma como se verifica a formação do Estado, através de um pacto social, entre os Estados deveria se efetivar um pacto internacional, como um contrato social primitivo, pelo qual eles se comprometessem a fundar uma Federação, não presumindo nenhum poder supremo, mas apenas funções de colaboração mútua, garantindo-se, assim, a convivência pacífica (*foedus pacificum*)²⁸⁹.

Depois da guerra, o direito deveria voltar-se à manutenção da paz, que, segundo

²⁸⁶ *Idem apud* BOBBIO, Norberto. 2000. *Op. cit.*, p. 251-2.

²⁸⁷ Emanuel Kant *apud* BOBBIO, Norberto. 2000. *Op. cit.*, p. 255.

²⁸⁸ *Idem, ibidem*, p. 255.

²⁸⁹ *Idem apud* FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Op. cit.*, p. 122.

Emanuel Kant, apenas seria possível pela união universal das cidades. Conforme Luciana de Medeiros Fernandes:

Emanuel Kant fazia notar que isso, em princípio, seria impraticável, na medida em que, abarcando toda a superfície do globo, essa união tomaria impossível um governo eficaz, gerando a formação de comunidades parciais, o que ensejaria novo estado de guerra. Contudo, não obstante concebida como realidade impossível, a paz perpétua deveria ser almejada como se fosse absolutamente exequível, e, com esse desígnio, deveríamos agir. Continuava ele dispondo que a aproximação das cidades já seria indicativo do escopo pacífico, desde que essa aproximação estivesse fundada no respeito aos povos vicinais e à sua vontade²⁹⁰.

Desse modo, o fim do direito seria a paz perpétua, em que as relações humanas fossem asseguradas pelas leis. E, se os povos se encontrassem necessária e universalmente relacionados, essa relação seria regulada por um “direito cosmopolítico”.

Para se chegar à pretensa “federação de Estados”, que deveria limitar-se a uma “confederação” e não na forma de um “Estado federal”, Emanuel Kant fixa alguns pontos aos quais dá a forma de artigos de um tratado imaginário. Na interpretação de Norberto Bobbio, Emanuel Kant distingue seis artigos preliminares, que estabelecem as condições necessárias para que sejam eliminadas as principais razões de guerra entre os Estados, e três artigos definitivos, nos quais são explícitas as condições necessárias para o estabelecimento de uma paz duradoura²⁹¹.

Os artigos preliminares enumerados por Emanuel Kant em seu ensaio “sobre a paz perpétua” escrito sob a forma de um “tratado internacional”, traduzem-se nas características do próprio conceito de soberania e são:

a) “nenhum tratado de paz pode ser considerado como tal se é feito com a tácita reserva de pretextos para uma guerra futura”: significa que “a verdadeira paz não deveria ter por opção a guerra”²⁹². Para Emanuel Kant, o entendimento de que a reserva de antigas pretensões pode ser válida no futuro, para ser usada com intenção malévola na primeira oportunidade favorável, faz parte da casuística jesuítica e é indigna dos soberanos. Ademais, defende que um tratado de paz não deve conter pedido de ressarcimento das despesas de guerra, porque o Estado vencedor se tornaria um juiz em causa própria; e também não pode retirar a liberdade dos súditos do país conquistado, porque se trata de um

²⁹⁰ FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Op. cit.*, p. 123.

²⁹¹ BOBBIO, Norberto. 2000. *Op. cit.*, p. 255 e seguintes.

²⁹² FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Op. cit.*, p. 123.

direito natural dos indivíduos e dos povos²⁹³.

b) “nenhum Estado independente [seja ele grande ou pequeno] poderá ser adquirido por outro mediante herança, troca, compra ou doação”: no pensamento kantiano, o Estado é uma sociedade de indivíduos e não um patrimônio²⁹⁴. Desse modo, Emanuel Kant combate a teoria do Estado patrimonial, segundo a qual o território do Estado é considerado propriedade do príncipe, que pode dele dispor. Para Emanuel Kant, ao revés, o Estado é uma pessoa moral, sendo que, por analogia à pessoa física, não se pode dispor como se fosse uma coisa²⁹⁵;

c) “os exércitos permanentes devem, com o tempo, desaparecer totalmente”: manter os exércitos seria o mesmo que conservar o espírito belicoso. Vê-se que desde essa época já se entendia que o problema da paz caminha paralelamente ao problema do desarmamento. Emanuel Kant apresenta, como justificativas à abolição dos exércitos permanentes, razões de ordem utilitária (despesa excessiva) e moral (degradação da dignidade pessoal do soldado, por tornar-se mero instrumento de fins iníquos): “usar homens como simples máquinas e instrumentos nas mãos de um outro [do Estado] [...] não pode conciliar-se com o direito do homem sobre a própria pessoa”²⁹⁶;

d) “não devem ser contraídas dívidas públicas em vista de uma ação a ser empreendida no exterior”: a pretensão de Emanuel Kant, com esse enunciado, era a de proibir as dívidas que reduzissem a independência dos Estados²⁹⁷. Emanuel Kant refere-se, especificamente, ao sistema das dívidas públicas, introduzido pela primeira vez na Inglaterra por Guilherme III (rei de Inglaterra e da Escócia entre 1689 e a sua morte, que aconteceu em 1702), com o intuito de evitar o perigo implícito no aumento indefinido da dívida pública, que leva o Estado a possuir uma perigosa força financeira, ameaça perpétua, direta ou indireta, de guerra²⁹⁸;

e) “nenhum Estado deve intrometer-se, através da força, na Constituição e no governo de um outro Estado”: trata-se do direito à não-intervenção, segundo o qual “nenhum Estado pode intervir nos negócios internos ou externos de um outro Estado a não

²⁹³ BOBBIO, Norberto. 2000. *Op. cit.*, p. 255-6.

²⁹⁴ FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Op. cit.*, p. 123.

²⁹⁵ BOBBIO, Norberto. 2000. *Op. cit.*, p. 256.

²⁹⁶ Emanuel Kant *apud* BOBBIO, Norberto. 2000. *Op. cit.*, p. 256.

²⁹⁷ FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Op. cit.*, p. 124.

²⁹⁸ BOBBIO, Norberto. 2000. *Op. cit.*, p. 257.

ser que isso seja previsto num tratado que vincule os dois”²⁹⁹; e

f) “nenhum Estado em guerra com outro deve permitir atos de hostilidade que tornariam impossível a confiança recíproca na paz futura”: esse enunciado trata da “vedação de estratégias desonrosas, capazes de gerar o aniquilamento de um povo”³⁰⁰, tais como o emprego no outro Estado de assassinos (percussores), envenenadores (*venefici*), a ruptura da capitulação, a instigação à traição (*perduellio*). Aqui também são apresentadas, por Emanuel Kant, razões utilitárias e morais: ressalta que as artes “infernais”, introduzidas no estado de guerra, dificilmente poderão ser abolidas no estado de paz e acabam envenenando perpetuamente as relações entre os Estados; o aspecto moral, os referidos atos são reprováveis porque a falta de sentido de honra de certas pessoas é explorada para fins públicos³⁰¹.

Os princípios definitivos para a manutenção da paz fixados por Emanuel Kant são:

a) “a Constituição civil em cada Estado deve ser republicana”: sendo que os preceitos jurídicos da república para a pacificação política³⁰² pretensa por Emanuel Kant são a liberdade, a igualdade e a separação de poderes. Vê-se, portanto, que para Emanuel Kant a república não é apenas a melhor forma de governo no que diz respeito às relações entre o Estado e os cidadãos, mas também no que diz respeito às relações entre os Estados, eis que garante internamente a liberdade e externamente a paz. Trata-se, portanto, a república, da condição principal da coexistência pacífica na liberdade ou livre na paz, que constitui o ideal moral da espécie humana³⁰³. Nas palavras de Emanuel Kant:

Que é um monarca “absoluto”? É aquele que quando diz: “a guerra deve ser

²⁹⁹ *Idem, ibidem*, p. 257.

³⁰⁰ FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Op. cit.*, p. 124.

³⁰¹ BOBBIO, Norberto. 2000. *Op. cit.*, p. 257.

³⁰² “O pacifismo democrático é um pacifismo político, porque vê a causa principal das guerras e, portanto, conhece o remédio para a paz, principalmente numa transformação política. Existem outras formas de pacifismo: um pacifismo econômico (que foi sustentado pelos partidários do comércio livre do século passado, como Richard Cobden [1804 a 1865]), segundo o qual as guerras dependem da política econômica dos estados, e, portanto, o caminho rumo à paz passa através da transformação da política do mercantilismo para a do comércio livre; um pacifismo social (defendido pelos socialistas da Segunda Internacional), segundo o qual a causa principal das guerras é a divisão da sociedade em classes, e a paz pode ser conseguida somente através de uma revolução social que venha a abolir as classes; um pacifismo jurídico (sustentado hoje pelos federalistas europeus e mundiais), segundo o qual a causa principal das guerras é a estrutura jurídica dos estados detentores da soberania absoluta e muito ciosos dela. Nesse caso, a paz é alcançável somente através da limitação jurídica da soberania, que só pode existir num sistema federal de Estado. Acima de todas essas formas de pacifismo, existe o chamado pacifismo moral, segundo o qual as guerras dependem exclusivamente da maldade dos homens e a paz não poderá ser o resultado senão de uma reforma geral dos costumes (BOBBIO, Norberto. 2000. *Op. cit.*, p. 260).

³⁰³ BOBBIO, Norberto. 2000. *Op. cit.*, p. 258.

feita”, a guerra acontece. O que é, ao contrário, um monarca “limitado”? Aquele que pergunta primeiro ao povo se a guerra deve fazer-se ou não, e se o povo diz: “a guerra não deve fazer-se”, ela não acontece³⁰⁴.

Concebendo que é o arbítrio do príncipe a principal causa das guerras, Emanuel Kant entende que a paz universal somente poderá ser alcançada por meio das transformações dos Estados absolutos em Estados com soberania popular;

b) “o direito das gentes [direito público dos Estados ou direito internacional] deve fundar-se numa federação de Estados livres”: significa dizer que a federação da paz (*foedus pacificum*) deve ampliar-se para desembocar no pacifismo jurídico. Para Emanuel Kant a república é uma condição necessária para a paz perpétua, mas não é suficiente; é preciso, também, que o Estado republicano origine uma federação, isto é, “obriguem-se a entrar numa constituição análoga à constituição civil, na qual seja possível garantir para cada membro o próprio direito”. A referida federação deve, por um lado, distinguir-se de um super-Estado que contradiz o princípio da igualdade dos Estados, e de outro, diferenciar-se de um puro e simples tratado de paz, eis que este se propõe a por fim a uma guerra, enquanto aquele se propõe a pôr termo a todas as guerras e de forma perpétua³⁰⁵; e

c) “o direito cosmopolita deve ser limitado às condições de uma hospitalidade universal”: O direito cosmopolita de Emanuel Kant constitui-se numa seção do direito diversa do direito internacional:

Enquanto o direito internacional regula as relações entre os Estados, e o direito interno regula as relações entre o Estado e os próprios cidadãos, o direito cosmopolita regula as relações entre um Estado e os cidadãos dos outros Estados (ou seja, os estrangeiros). A máxima fundamental do direito cosmopolita é que um estrangeiro que vai para o território de um outro Estado não deve ser tratado com hostilidade até o momento em que cometa atos hostis contra o Estado que o está hospedando³⁰⁶.

Esse enunciado kantiano refere-se ao direito que todos têm de se apresentar em sociedade³⁰⁷.

Portanto, para Emanuel Kant, a política deve adaptar-se ao direito e não o contrário. No seu prisma, a transformação do estado de guerra, nas relações internacionais, em um estado de paz, ocorre por meio do direito. Defende a idealização de um direito internacional baseado numa federação de Estados livres. Esta federação não corresponderia

³⁰⁴ Emanuel Kant *apud* BOBBIO, Norberto. 2000. *Op. cit.*, p. 260.

³⁰⁵ BOBBIO, Norberto. 2000. *Op. cit.*, p. 261.

³⁰⁶ *Idem, ibidem*, p. 261.

³⁰⁷ FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Op. cit.*, p. 125.

ao formato federativo de um Estado nacional; sua idéia é no sentido da instituição de um pacto federativo entre os diversos Estados nacionais que mantêm sua soberania, mas que estão vinculados por um objetivo comum, qual seja, a manutenção da paz, conseguida por meio do respeito aos direitos humanos.

Até o período das revoluções burguesas, notadamente as revoluções inglesas do século XVII e a Revolução Francesa de 1789, o conceito de Estado perpassa o pluralismo e o absolutismo, isto é, a sociedade medieval era predominantemente pluralista, cujo direito que a regulava originava-se de diferentes fontes de produção jurídica, e se encontrava organizado em diversos ordenamentos jurídicos. Contra essa sociedade pluralista, foram tomando forma as grandes monarquias absolutas da Idade Moderna e a unificação de todas as fontes de direito na “lei” e de todos os ordenamentos jurídicos superiores e inferiores ao Estado no ordenamento jurídico estatal, cuja expressão máxima é a vontade do príncipe. Nesse contexto, e desde suas origens, o Estado, compreendido como a forma suprema de organização de uma comunidade humana, coloca-se como poder soberano absoluto no sentido de que acima de si mesmo não existe nenhum outro poder. Foi no Estado absoluto que a soberania recebeu a definição de poder que não reconhece ninguém superior.

Contudo, a Revolução Francesa e seus movimentos provocaram o desenvolvimento do nacionalismo e a substituição do Estado absoluto pelo Estado liberal e democrático, situação que exigiu a revisão do conceito de soberania, eis que o conceito clássico já não era cabível naquele momento histórico. Desde então a preocupação do Estado moderno está direcionada aos limites do poder estatal e da própria soberania.

O nascimento do Estado moderno foi acompanhado por teorias políticas com o objetivo fundamental de descobrir a melhor forma para impedir o abuso de poder do Estado, ou seja, a preocupação com a legitimação do poder é substituída pela busca da melhor maneira pela qual o poder estatal pode ser exercido, que se traduz na construção do conceito e na exteriorização da soberania.

Em pleno momento revolucionário, Emanuel Kant, em sua teoria da paz perpétua, defende que a liberdade natural e ilimitada deveria ser substituída pela liberdade civil, a qual tem como limitação a vontade geral decorrente do direito que deve disciplinar a convivência humana.

Passado esse período naturalmente turbulento, toma forma o Estado contemporâneo

e as teorias mudam de direção. Destaca-se, nesse período, Pierre Marie Nicolas Léon Duguit (1859 a 1928), importante jurista francês e especialista em direito público, que se tornou conhecido no mundo todo pela sua posição radical no sentido de negar a existência de um poder soberano. A teoria negativista defendida por este jurista, fundamenta-se, basicamente, “nos perigos que decorreriam de um poder supremo concedido ao ente estatal, que o isentaria de qualquer responsabilidade”³⁰⁸.

Para formular sua teoria sobre soberania, Pierre Marie Nicolas Léon Duguit parte das transformações ocorridas com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, elaborada quando em curso a Revolução Francesa que teve seu início em 05 de maio de 1789, data da abertura da reunião do Estados Gerais na França. Recorde-se que, com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, toma lugar a idéia de soberania nacional, isto é, “o princípio de toda a soberania reside, essencialmente, na nação”, sendo que “nenhuma operação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente”. Ademais, os valores afirmados na referida declaração, em decorrência das lutas pela liberdade individual, funcionam como limitadores do poder soberano nacional.

Pierre Marie Nicolas Léon Duguit, em sua obra “soberania e liberdade”, depois de afirmar que os termos “poder do Estado”, “poder público”, “autoridade pública” e “soberania” são sinônimos, apresenta o seguinte conceito:

A soberania é uma vontade que tem em si o caráter próprio e exclusivo de não ser impulsionada mais do que por si mesma. [...]. Jamais uma vontade soberana pode ser impulsionada a obrar porque uma outra vontade queira que obre em tal sentido. O soberano não pode ser impulsionado jamais a obrar porque existam fatos ou atos estranhos a sua própria vontade que o obrigue. Todas as ampliações, todas as definições que se têm dado à soberania, todas conduzem a esta fórmula³⁰⁹.

Para esta corrente de pensamento, a soberania não passa de uma ficção, incompatível com a realidade concreta que envolve direitos e deveres. Argumenta que soberania como poder que se auto-determina e não reconhece poder superior ou concorrente é uma construção de metafísica³¹⁰ formal curiosa e logicamente edificada, mas desde logo estranha à realidade concreta e que está hoje em vias de desaparecer para sempre. Além disso, pontua que não é possível a atribuição de uma vontade própria ao

³⁰⁸ FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Op. cit.*, p. 136.

³⁰⁹ Pierre Marie Nicolas Léon Duguit *apud* BERARDO, Telma. 2003. *Op. cit.*, p. 37.

³¹⁰ Algo transcendente - condição e fundamento de tudo o que existe e pode ser objeto do conhecimento.

Estado, porque não seria mais do que a soma das vontades individuais, o que levaria à várias vontades e não uma vontade soberana³¹¹.

Na interpretação de Luciana de Medeiros Fernandes, o Estado de Pierre Marie Nicolas Léon Duguit constitui “a soma dos indivíduos que o compõem, dentre os quais se distinguiriam os governantes, associados aos mais fortes, aos que realmente dominariam, e os governados, relacionados com os mais débeis, não havendo, portanto, que se falar em soberania estatal”. Destarte, ao rejeitar a personalidade do Estado, Pierre Marie Nicolas Léon Duguit afastou, também, a idéia de soberania, “ao fundamento de que ela seria apenas uma ficção, enquanto identificada com poder de dominação ou como poder do Estado”. Nesse pensar, “o que realmente se apresentaria seria um poder de fato (e não de direito) em que os governantes fixariam as normas, e os governados deveriam obedecer”³¹².

Para a teoria negativista da soberania, a atuação dos governantes somente seria legítima se fosse conforme aos imperativos da solidariedade social. Desse modo, “a soberania deveria estar associada ao governo útil e não ao poder de mando, pelo que ela se manifestaria na forma de prestação de serviço público”. Por exemplo, se o indivíduo é obrigado a trabalhar, o Estado é obrigado a garantir o acesso à instrução básica necessária ao seu desempenho profissional. Assim sendo, “a noção de soberania é suplantada pela idéia de serviço público, implicando esta uma limitação dos poderes do Estado, na medida em que ele é obrigado a prestar todas as garantias necessárias ao amparo do indivíduo”³¹³.

Ademais, Pierre Marie Nicolas Léon Duguit sustenta que: “[...] não seria possível compatibilizar a soberania com a convivência internacional entre Estados, na medida em que a submissão dos Estados às regras internacionais impostas, no que tange a obrigações recíprocas, inviabilizaria mesmo a idéia de soberania”. Nas suas palavras: “subordinação voluntária não é subordinação real”, de sorte que restariam autorizadas todas as violações às normas internacionais³¹⁴.

Nessa concepção, o poder não passaria de mero fato, ou seja, a expressão da existência de indivíduos que se submetem diretamente a esse poder e indivíduos que ele são submetidos. Desse modo, a ordem social não carece de um poder soberano, porque

³¹¹ Pierre Marie Nicolas Léon Duguit *apud* FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Op. cit.*, p. 137.

³¹² FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Op. cit.*, p. 137.

³¹³ *Idem, ibidem*, p. 138.

³¹⁴ Pierre Marie Nicolas Léon Duguit *apud* FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Op. cit.*, p. 138.

existe nos seres humanos um sentimento interno de justiça e um sentimento externo de sociabilidade, dos quais decorre o fato da solidariedade.

O Estado seria, então, apenas uma relação de subordinação, entre os que impõem e os que obedecem, ou, então, como uma cooperação de serviços públicos organizados e dirigidos pelos governantes. Essa relação de fato jamais se poderia transformar em pessoa, sendo, por isso, no seu entender, inaceitável a teoria da personalidade jurídica do Estado³¹⁵.

Em essência, para a teoria negativista a autodeterminação não pode ser concretamente executada, propondo no lugar da soberania a “prestação do serviço público”. Pierre Marie Nicolas Léon Duguit admite que a soberania pode limitar os direitos dos indivíduos, mas somente como meio de proteger o direito de todos. Para o citado teórico, a liberdade individual não é um direito, mas um conceito solidário que possui uma função social indispensável para o bom andamento do Estado. É em decorrência da prevalência da solidariedade e da concepção de liberdade como dever - que devem sempre guiar o Estado -, que Pierre Marie Nicolas Léon Duguit prega a substituição do conceito de soberania pelo de serviço público (conceito amplo: forças armadas, Justiça e o poder de polícia). Essa teoria teve certo sentido na época, eis que a teoria da responsabilidade do Estado não se encontrava plenamente desenvolvida³¹⁶.

Já para o jurista Hans Kelsen (1881 a 1973), a soberania é propriedade do poder do Estado. Em sua teoria normativista, sustenta que o Estado (e não a nação, o povo, ou o príncipe) é que é o titular do poder soberano, sendo a soberania a qualidade de uma ordem normativa. Hans Kelsen atribui sentido normativo à soberania, concebendo-a como a validade da ordem jurídica estatal, defendendo a fusão entre Estado e direito como “ordem ideal”. Nesse prisma, o Estado seria uma ordem suprema “por não admitir que sua validade repouse em uma ordem jurídica superior, encontrada fora do sistema”. Destarte, “pode existir somente um único Estado ou, mais exatamente, que pode estar em vigor apenas um único sistema de normas jurídicas e que cada norma em contraste com uma norma desse sistema deva ser considerada não válida”. Assim, se o Estado for soberano enquanto ordem jurídica, então “a soberania é propriedade do direito por ser propriedade do Estado”³¹⁷.

³¹⁵ *Idem apud* DALLARI, Dalmo de Abreu. 1993. *Op. cit.*, p. 106.

³¹⁶ BERARDO, Telma. 2003. *Op. cit.*, p. 38.

³¹⁷ FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Op. cit.*, p. 127.

Hans Kelsen identifica o Estado com o poder, estabelecendo um paralelo entre a ordem jurídica e os fundamentos da sociologia. Segundo ele, o Estado é a ordem da conduta humana denominada “jurídica”, a ordem à qual se ajustam as ações humanas, a idéia à qual os indivíduos adaptam sua conduta:

Um conhecimento do Estado isento de elementos ideológicos, e, portanto, liberto de toda metafísica e de toda mística, não pode apreender a sua essência de outro modo que não seja concebendo esta figura social - tal como já se tem feito nas indagações precedentes - como uma ordem de conduta humana. É usual caracterizar-se o Estado como uma organização política. Com isto, porém, apenas se exprime que o Estado é uma ordem de coação. Com efeito, o elemento “político” específico desta organização consiste na coação exercida de indivíduo a indivíduo e regulada por essa ordem, nos atos de coação que essa ordem estatui. São-no precisamente aqueles atos de coação que a ordem jurídica liga aos pressupostos por ela definidos. Como organização política, o Estado é uma ordem jurídica. Mas nem toda ordem jurídica é um Estado. Nem a ordem jurídica pré-estadual da sociedade primitiva, nem a ordem jurídica internacional supra-estadual (ou interestadual) representam um Estado. Para ser um Estado, a ordem jurídica necessita de ter o caráter de uma organização no sentido estrito da palavra, quer dizer, tem de instituir órgãos funcionando segundo o princípio da divisão do trabalho para criação e aplicação das normas que a formam; tem de apresentar certo grau de centralização. O Estado é uma ordem jurídica relativamente centralizada³¹⁸.

Para Hans Kelsen, o Estado consiste na personificação do ordenamento jurídico de determinada comunidade. Ressalta, todavia, que para que um ordenamento jurídico seja considerado um Estado, é preciso que tenha um caráter de uma organização centralizada, onde existam órgãos funcionando segundo o princípio da divisão do trabalho: “a ordem jurídica da sociedade primitiva, bem como a ordem jurídica internacional geral, são ordens coercivas completamente descentralizadas e, precisamente por isso, não são Estados”³¹⁹.

Em sua teoria, o Estado é dotado de personalidade jurídica, mas é igualmente um sujeito artificial (personificação da ordem jurídica). Essa posição é coerente com sua concepção de um direito puro, que afirma ser a norma a única realidade jurídica, não havendo como sustentar, dentro dessa perspectiva, que possa existir uma pessoa jurídica real. Essas teorias, chamadas “ficcionalistas”, aceitam a idéia do Estado-pessoa jurídica, mas como produto de uma convenção, de um artifício, que somente se justifica por motivos de conveniência.

Lembrando que o Estado, como comunidade social, e de acordo com a teoria tradicional, é composto por três elementos: a população, o território e o poder, que é exercido por um governo estadual independente, Hans Kelsen analisa que “todos estes três

³¹⁸ KELSEN, Hans. 1999. *Op. cit.*, p. 200 (grifo do autor).

³¹⁹ *Idem, ibidem*, p. 200.

elementos só podem ser definidos juridicamente, isto é, eles apenas podem ser apreendidos como vigência e domínio de vigência (validade) de uma ordem jurídica”.

Sobre o elemento “população”, constituída pelos indivíduos que pertencem a um Estado, a questão está em se saber se um indivíduo pertence a determinado Estado, e essa análise, segundo Hans Kelsen, não é psicológica, mas jurídica:

A unidade dos indivíduos que formam a população de um Estado em nada mais pode ver-se do que no fato de que uma e a mesma ordem jurídica vigora para estes indivíduos, de que a sua conduta é regulada por uma e a mesma ordem jurídica. A população do Estado é o domínio pessoal de vigência da ordem jurídica estadual³²⁰.

No que diz respeito ao território, que é um espaço rigorosamente delimitado, Hans Kelsen afirma que “nenhum conhecimento naturalístico, mas só um conhecimento jurídico, pode dar resposta à questão de saber segundo que critério se determinam os limites ou fronteiras do espaço estadual, o que é que constitui a sua unidade”, ou seja, “o chamado território do Estado apenas pode ser definido como o domínio espacial de vigência de uma ordem jurídica estadual”³²¹.

Sobre o poder do Estado, exercido por um governo sobre uma população residente dentro do território do Estado, Hans Kelsen sustenta que:

[...] não é simplesmente qualquer poder que qualquer indivíduo efetivamente tem sobre outro indivíduo e que consiste em o primeiro ser capaz de conduzir o segundo a observar uma conduta por aquele desejada. Há muitas relações de poder fácticas deste tipo sem que aquele que tem tal poder sobre outrem seja considerado como Estado ou órgão estadual. O que faz com que a relação designada como poder estadual se distinga de outras relações de poder é a circunstância de ela ser juridicamente regulada, o que significa que os indivíduos que, como governo do Estado, exercem o poder, recebem competência de uma ordem jurídica para exercerem aquele poder através da criação e aplicação de normas jurídicas - que o poder do Estado tem caráter normativo. O chamado poder estadual é a vigência de uma ordem jurídica estadual efetiva. Dizer que o governo estadual, que exerce o poder do Estado, tem de ser independente, significa que ele não pode juridicamente ser vinculado por qualquer outra ordem jurídica estadual, que a ordem jurídica estadual só está subordinada à ordem jurídica internacional, se é que se subordina a qualquer outra ordem jurídica³²².

Hans Kelsen prossegue na exposição de suas idéias lembrando que no exercício do poder do Estado ocorre “uma manifestação de força (poder), que é tida como um atributo tão essencial do Estado que até se designa o Estado como poder e se fala dos Estados como ‘potências’, mesmo que não se trate de uma ‘grande potência’”. Contudo, ressalta que esse

³²⁰ *Ibid*, p. 201.

³²¹ KELSEN, Hans. 1999. *Op. cit.*, p. 201.

³²² *Idem, ibidem*, p. 202.

“poder” do Estado só pode se manifestar nos meios específicos que se encontram à disposição do governo (fortalezas, prisões, canhões), sendo que, por serem objetos inanimados, apenas se tornam instrumentos do poder estadual quando utilizados pelos indivíduos de acordo com as ordens que lhes são dadas pelo governo, na medida em que os policiais e soldados observem as normas que regulam a sua conduta. Assim, “o poder do Estado não é uma força ou instância mística que esteja escondida detrás do Estado ou do seu direito. Ele não é senão a eficácia da ordem jurídica”. E conclui:

Desta forma, o Estado, cujos elementos essenciais são a população, o território e o poder, define-se como uma ordem jurídica relativamente centralizada, limitada no seu domínio espacial e temporal de vigência, soberana ou imediata relativamente ao direito internacional e que é, globalmente ou de um modo geral, eficaz³²³.

O direito internacional, na concepção de Hans Kelsen, é um complexo de normas que regulam a conduta recíproca dos Estados que são sujeitos específicos deste direito. De acordo com a determinação do conceito de direito proposta por Hans Kelsen, o “direito internacional” é “direito” “se é uma ordem coercitiva da conduta humana, pressuposta como soberana”. Assim, “se liga aos fatos por ele definidos como pressupostos atos de coerção por ele determinados como conseqüências e, portanto, pode ser descrito em proposições jurídicas, da mesma forma que o direito estadual”³²⁴.

Porém, distingue-se do direito estadual e revela certa semelhança com o direito da sociedade primitiva, pelo fato de não instituir, pelo menos enquanto direito internacional geral vinculante em relação a todos os Estados, quaisquer órgãos funcionando segundo o princípio da divisão do trabalho para a criação e aplicação das suas normas. Encontra-se ainda num estágio de grande descentralização:

Encontra-se ainda no começo de uma evolução que o direito estadual já percorreu há muito. A formação das normas gerais processa-se pela via do costume ou através do tratado, ou seja, por intermédio dos próprios membros da comunidade, e não por meio de um órgão legislativo especial. E o mesmo acontece ainda com a aplicação das normas gerais aos casos concretos. E o próprio Estado que se crê lesado no seu direito que tem de decidir se se verifica a hipótese de um ilícito pelo qual um outro Estado seja responsável. E, se este nega o ilícito alegado e não se chega a um acordo entre as partes em litígio quanto à existência do fato ilícito, não existe uma instância objetiva que deva decidir o litígio por um processo juridicamente regulado. Assim, é ainda o próprio Estado lesado no seu direito que é autorizado a reagir contra o violador do direito com o ato de coerção estabelecido pelo direito internacional geral, com

³²³ KELSEN, Hans. 1999. *Op. cit.*, p. 202-3.

³²⁴ *Idem, ibidem*, p. 224.

as represálias ou com a guerra. É a técnica da autodefesa, que também foi o ponto de partida da evolução da ordem jurídica estadual³²⁵.

Para o citado jurista, os ordenamentos jurídico nacional e internacional não podem ser sistemas de normas diferentes e mutuamente independentes se as normas de ambos os sistemas forem, em uma possibilidade fático-jurídica, consideradas válidas para o mesmo espaço e ao mesmo tempo, assim é impossível logicamente supor que normas simultaneamente válidas pertençam a sistemas diferentes, mutuamente independentes:

A isto se opõe a concepção tradicional que pretende ver no direito internacional e no direito de cada Estado dois sistemas de normas diferentes, independentes um do outro, isolados um em face do outro, porque apoiados em duas normas fundamentais diferentes. Esta construção dualista - ou melhor, "pluralista", se levarmos em conta a pluralidade das ordens jurídicas estaduais - é, no entanto, insustentável, mesmo do ponto de vista lógico, quando tanto as normas do direito internacional como as das ordens jurídicas estaduais devem ser consideradas como normas simultaneamente válidas, e válidas igualmente como normas jurídicas. Nesta concepção, compartilhada também pela doutrina dualista, está já contido o postulado teórico-gnoseológico que obriga a abranger todo o direito num só sistema, quer dizer, a concebê-lo de um ponto de vista único como um todo fechado sobre si³²⁶.

A questão que emerge é saber se podem existir conflitos insolúveis entre os dois sistemas de normas. Hans Kelsen, em relação ao conflito de normas entre os ordenamentos jurídicos nacional e internacional, admite duas possibilidades: na primeira concepção, o direito internacional só vale em face de um Estado quando é reconhecido por este, com base em sua Constituição, e então a hipótese da norma fundamental permanece válida. Segundo ele:

Se se toma também em consideração a ordem jurídica internacional nas suas relações com as diferentes ordens jurídicas estaduais e se se aceita - como freqüentemente sucede - que o Direito internacional só vale - se é que vale - em face de um Estado quando é reconhecido por este, isto é, pelo seu governo, com base na Constituição do Estado, então a resposta até aqui dada à questão do fundamento da vigência do Direito - de que é uma norma fundamental pressuposta referida a uma Constituição estadual eficaz - permanece válida³²⁷.

Neste caso, na interpretação de Hans Kelsen, o direito internacional é apenas parte integrante do ordenamento jurídico estatal, como ocorre no direito constitucional brasileiro quando um tratado internacional é acolhido no ordenamento interno como lei ordinária. A norma fundamental do Estado é o fundamento de validade do direito internacional reconhecido. Porém, e aqui tem início à segunda posição:

³²⁵ *Ibid*, p. 226.

³²⁶ KELSEN, Hans. 1999. *Op. cit.*, p. 230.

³²⁷ *Idem, ibidem*, p. 150.

A situação modifica-se [...] quando se considere o direito internacional, não como parte integrante da ordem jurídica estadual, mas como única ordem jurídica soberana, supra-ordenada a todas as ordens jurídicas estaduais e delimitando-as, umas em face das outras, nos respectivos domínios de validade, quando se parta, não do primado da ordem jurídica estadual, mas do primado da ordem jurídica internacional³²⁸.

Trata, desta forma, do direito internacional como ordem jurídica soberana, cujo fundamento de validade de uma ordem estatal não é mais uma norma fundamental pressuposta, mas uma norma posta do direito internacional. Esta norma jurídico-positiva é apenas o fundamento imediato de validade da ordem estatal e não seu fundamento último. Hans Kelsen admite que defendia a regra *pacta sunt servanda* como sendo o fundamento de validade do direito internacional, mas reformula seu pensamento, ao dispor: “rejeito a teoria, sufragada por muitos autores, e a princípio também por mim, segundo a qual a norma *pacta sunt servanda* deveria ser considerada como fundamento do direito internacional”, pois que “ela só pode manter-se com ajuda da ficção de que o costume dos Estados é um tratado tácito”³²⁹:

Se os Estados - o que quer dizer: as ordens jurídicas estaduais - são, apesar disso, designados como “soberanos”, esta “soberania” dos Estados apenas pode significar que as ordens jurídicas estaduais só estão subordinadas à ordem jurídica internacional ou, expresso na terminologia usual, que os Estados são comunidades jurídico-internacionalmente imediatas³³⁰.

Para Hans Kelsen, a soberania do Estado é o fator decisivo para a admissão do primado da ordem jurídica estadual, sendo que:

[...] esta soberania não é qualquer qualidade perceptível - ou objetivamente cognoscível por qualquer outra forma -, um objeto real, mas é uma pressuposição: a pressuposição de uma ordem normativa com ordem suprema cuja validade não é dedutível de qualquer ordem superior. A questão de saber se o Estado é soberano não pode ser respondida através de uma análise da realidade natural. Soberania não é um máximo de poder real³³¹.

A questão de saber se um Estado é ou não soberano é a de considerar-se ou não a ordem jurídica estadual como suprema:

Os Estados que, em confronto com as chamadas grandes potências, nem sequer têm qualquer poder real que mereça ser tomado em conta, são tão soberanos como estas grandes potências. [...]. É o que se faz quando se considera o direito internacional, não como uma ordem jurídica que está acima da ordem jurídica estadual, mas como uma ordem jurídica delegada pela ordem jurídica estadual, quer dizer, quando apenas se considera o direito internacional como válido em relação ao Estado se ele é reconhecido por este. Isto é tão possível como é

³²⁸ *Ibid*, p. 250.

³²⁹ KELSEN, Hans. 1999. *Op. cit.*, p. 151, nota 15.

³³⁰ *Idem, ibidem*, p. 152 (grifos do autor).

³³¹ *Ibid*, p. 235.

possível - se bem que já não seja usual nos nossos dias - apenas considerar a ordem jurídica estadual como válida em relação ao indivíduo sob o pressuposto de ela ser por este reconhecida. Se se vê o fundamento de validade da ordem jurídica estadual no reconhecimento desta por parte do indivíduo relativamente ao qual ela vigora, parte-se da soberania do indivíduo, da sua liberdade; tal como, quando se vê o fundamento de validade do direito internacional no seu reconhecimento pelo Estado, se parte da soberania do Estado. Dizer que o Estado é soberano não significa outra coisa senão que a fixação da primeira Constituição histórica se pressupõe como fato gerador de direito sem que a esse propósito se faça referência a uma norma do direito internacional que institua este fato como fato produtor de direito³³².

Ainda segundo Hans Kelsen:

O direito internacional, que do ponto de vista do primado da ordem jurídica estadual - ou da soberania do Estado - apenas vale na medida em que um Estado o reconhece como vinculante em relação a si, surge [...] não como uma ordem jurídica supra-estadual, e também não como uma ordem jurídica independente da própria ordem estadual, isolada em face desta, mas - na medida em que seja direito - como uma parte integrante da própria ordem jurídica estadual. Tem-se-lhe chamado “direito estadual externo”, partindo da suposição de que regula as relações do Estado com o “exterior”, as suas relações com outros Estados³³³.

Por conseguinte, nas palavras de Luciana de Medeiros Fernandes:

[...] a ordem jurídica seria soberana quando fosse plenamente autônoma e independente, não derivando de qualquer outro sistema normativo, de modo que se caracterizaria pela unidade, de sorte que a soberania e a expressão da unidade do sistema jurídico e da pureza do conhecimento jurídico. Ora, se o Estado é soberano, elevando-se a um patamar absoluto, então sua soberania não reconheceria qualquer outra comunidade soberana e o dogma da soberania leva necessariamente a uma negação radical do direito internacional. Por isso mesmo, manifestar-se-ia a necessidade de relativizar esse conceito³³⁴.

Assim, quando se designa o poder do Estado como um poder supremo, em seguida se atribui uma significação meramente relativa. O Estado, como vontade positivamente supra-ordenada, é um poder supremo apenas no que diz respeito aos indivíduos e grupos humanos que o integram. No âmbito internacional, “o Estado seria soberano na medida em que não estaria submetido à autoridade legal de qualquer outro Estado, mas apenas ao direito internacional, o que lhe garantiria independência ante os outros Estados”³³⁵.

De acordo com Luciana de Medeiros Fernandes, o que fundamentalmente se destaca na teoria de Hans Kelsen é que:

[...] confere dois conceitos à soberania: o conceito formal e o conceito material. O conceito formal destina-se a nominar a supremacia da ordem jurídica estatal que se traduz em fundamento de validade de todas as ordens que estão por ela

³³² *Ibid*, p. 235.

³³³ KELSEN, Hans. 1999. *Op. cit.*, p. 235 (grifos do autor).

³³⁴ FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Op. cit.*, p. 127-8.

³³⁵ *Idem, ibidem*, p. 128.

compreendidas e que não reconhece qualquer ordem que lhe seja superior e, portanto, que também não reconhece que a ordem jurídica internacional possa determiná-la. A outra possibilidade - o conceito material de soberania - implica em reconhecer como suprema a ordem jurídica internacional, que, por ser suprema, mas não possuindo os instrumentos que concretizem sua qualidade de primaz, conferiria autonomia e independência aos Estados, no sentido de atribuir-lhes poder decisório. Mas, nesse caso, teria a soberania apenas o sentido de repartição de competências³³⁶.

Para Hans Kelsen, ainda segundo Luciana de Medeiros Fernandes, a soberania seria qualidade essencial do Estado, no sentido de que “o Estado é a corporação suprema, é dizer, a mais ampla e compreensiva”. E segue expondo que:

O Estado não pode ser diferenciado essencialmente de suas ordens parciais, das comunidades inferiores que a constituem, se não se lhe pressupõe como uma totalidade ampla e compreensiva, é dizer, como uma ordem suprema. E perde toda a possibilidade de tal diferenciação no momento em que se admite sobre si uma ordem superior, e na qual resultaria articulado, em união de outras comunidades estatais, se sobre ele fosse possível uma comunidade da que ele formaria parte integrante (como os municípios o integram), frente ao qual ele não seria já uma totalidade, senão uma mera ordem parcial³³⁷.

Ao analisar uma possível limitação do conceito de soberania, Hans Kelsen pontifica que é pelo fato de o direito internacional se situar acima dos Estados que a soberania é limitada, cuja via permite uma organização mundial eficaz. Nas suas explicações:

O primado do direito internacional desempenha um papel decisivo na ideologia política do pacifismo. A soberania do Estado - que o primado do direito internacional exclui por completo - é algo completamente diferente da soberania do Estado que é limitada pelo direito internacional. Aquela significa: autoridade jurídica suprema; esta: liberdade de ação do Estado. A limitação desta opera-se através do direito internacional precisamente do mesmo modo, quer este seja pensado como ordem jurídica supra-estadual, quer como ordem jurídica integrada na ordem jurídica estadual. Uma organização mundial eficaz é tão possível pela aceitação de uma construção como pela aceitação da outra³³⁸.

Hans Kelsen entende que a soberania do Estado não pode ser limitada pelo direito internacional situado acima dele, contudo, tal situação é conciliável com o fato de um Estado reconhecer o direito internacional e, assim, o tornar parte constitutiva da ordem jurídica estadual, limitando ele próprio a sua soberania e assumindo as obrigações estatuídas pelo direito internacional geral e pelos tratados por ele concluídos³³⁹.

É por isso que a questão de se saber em que medida a soberania do Estado é limitável pelo direito internacional por ele reconhecido, pode ser respondida somente com base no conteúdo do direito internacional e não simplesmente deduzida do conceito de

³³⁶ *Ibid*, p. 128-9.

³³⁷ Hans Kelsen *apud* FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Op. cit.*, p. 129.

³³⁸ KELSEN, Hans. 1999. *Op. cit.*, p. 241.

³³⁹ *Idem, ibidem*, p. 242.

soberania. Porém, o direito internacional positivo não põe qualquer restrição à limitação da soberania do Estado como liberdade de ação do mesmo Estado. De outro lado, é uma questão de vontade política saber até que ponto um governo estadual deve ou pode limitar a sua liberdade de ação através de tratados de direito internacional. Nesse particular, “a resposta não pode ser deduzida, quer do primado do direito internacional, quer do primado do direito estadual”³⁴⁰.

A consequência mais importante da teoria que se origina da primazia do direito nacional, ainda de acordo com Hans Kelsen, é a de que o Estado cuja ordem jurídica é o ponto de partida da sua elaboração interna pode ser considerado soberano, porque se pressupõe a ordem jurídica desse Estado como sendo a ordem suprema, acima da qual não existe nenhuma outra ordem jurídica³⁴¹. Hans Kelsen atribui sentido normativo à soberania:

A afirmação de que a soberania é uma qualidade essencial do Estado significa que o Estado é uma autoridade suprema. A “autoridade” costuma ser definida como o direito ou poder de emitir comandos obrigatórios. O poder efetivo de forçar os outros a certa conduta não basta para constituir uma autoridade. O indivíduo que é, ou que tem, autoridade deve ter recebido o direito de emitir comandos obrigatórios, de modo que os outros sejam obrigados a obedecer. Tal direito ou poder pode ser conferido a um indivíduo apenas por uma ordem normativa. Desse modo, a autoridade, originalmente, é a característica de uma ordem normativa. Apenas uma ordem normativa pode ser “soberana”, ou seja, uma autoridade suprema, o fundamento último de validade das normas que um indivíduo está autorizado a emitir como “comandos” e que os outros são obrigados a obedecer. O poder físico, um mero fenômeno natural, nunca pode “ser soberano” na acepção apropriada da palavra. Tal como atribuída ao poder físico, a “soberania” poderia significar, ao que parece, apenas algo como a propriedade de ser uma causa primeira, uma *prima causa*. Mas a idéia de uma *prima causa* é uma contradição em termos se, de acordo com o princípio de causalidade, cada fenômeno tem de ser considerado o efeito de uma causa, se cada fenômeno que é considerado a causa de um efeito tem de ser considerado, ao mesmo tempo, o efeito de outra causa. Na cadeia infinita de causas e efeitos, isto é, dentro da realidade natural, não pode haver uma causa primeira, e, portanto, nenhuma soberania³⁴².

Desse modo, a questão de saber se o Estado é soberano ou não, coincide com a questão de saber se o direito internacional constitui-se ou não em uma ordem superior ao direito nacional. Para Hans Kelsen o direito internacional, por meio do princípio de eficácia, “determina a esfera e o fundamento de validade da ordem do direito nacional, e,

³⁴⁰ *Ibid*, p. 242.

³⁴¹ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 544.

³⁴² *Idem, ibidem*, p. 544-5.

desse modo, a superioridade do direito internacional sobre o direito nacional parece ser imposta pelo conteúdo do próprio direito”³⁴³.

Porém, do ponto de vista da teoria do reconhecimento, o direito internacional determina a esfera e o fundamento de validade do direito nacional apenas se o direito internacional possuir validade, e se essa validade for reconhecida pelo Estado. Depois de o Estado reconhecer o direito internacional, esta ordem, por seu próprio conteúdo, determina a esfera e até mesmo o fundamento de validade da ordem jurídica nacional. “Mas, como esse efeito é ocasionado apenas pelo reconhecimento do direito internacional da parte do Estado, o direito internacional determina a esfera e o fundamento de validade do direito nacional apenas num sentido relativo”. Por fim, “o direito nacional é a ordem suprema, e o direito internacional tem o seu fundamento de validade no direito nacional”. Pela teoria do reconhecimento, “a norma fundamental da ordem jurídica nacional é a fonte de validade suprema e absoluta de todo o direito e, portanto, o Estado pode ser concebido como soberano”³⁴⁴. Em síntese:

[...] a “soberania do Estado” não é um fato que pode, ou não, ser observado. Não se pode dizer que o Estado “é” ou “não é” soberano; pode-se apenas pressupor que ele é ou não é soberano, e essa pressuposição depende da teoria que usamos para abordar a esfera dos fenômenos jurídicos. Se aceitarmos a hipótese da primazia do direito internacional, então o Estado “não é” soberano. Sob essa hipótese, o Estado poderia ser declarado soberano apenas no sentido relativo de que nenhuma outra ordem além da ordem jurídica internacional é superior à ordem jurídica nacional, de modo que o Estado está sujeito diretamente apenas ao direito internacional. Se, por outro lado, aceitarmos a hipótese da primazia do direito nacional, então o Estado “é” soberano no sentido absoluto, original, do termo, sendo superior a qualquer outra ordem, inclusive o direito internacional³⁴⁵.

Do exposto, constata-se que Hans Kelsen, de modo peculiar, não estuda a soberania como elemento essencial do Estado, mas como qualidade de uma ordem normativa; e rejeita a soberania como atributo de vontade, sob o argumento de que esta não é uma concepção jurídica. Desse modo, dizer que o Estado é soberano é o mesmo que dizer que a ordem jurídica nacional é uma ordem acima da qual não existe nenhuma outra. A única ordem que se poderia supor como sendo superior à ordem jurídica nacional é a ordem internacional.

³⁴³ *Ibid*, p. 545-6.

³⁴⁴ KELSEN, Hans. 2000. *Op. cit.*, p. 545-6.

³⁴⁵ *Idem, ibidem*, p. 546-79 (grifos do autor).

Outra teoria da soberania que se destaca é a apresentada por Carl Schmitt (1888 a 1985) jurista, cientista político e professor de direito alemão, que viveu na mesma época de Hans Kelsen, mas que apresentou uma teoria da soberania bastante diversa, trata-se da teoria decisionista, traduzida “pela idéia de que o soberano não é aquele que detém o poder de dominação, mas, sim, aquele que decide em estado de exceção”, eis que em casos extremos “o direito estatal é sustado, determinando-se uma decisão concreta para fazer frente a uma necessidade em vias de efetivação imediata”³⁴⁶.

Carl Schmitt “considera a decisão como um elemento do estado de exceção propriamente jurídico, mas o fazendo recusa as concepções transcendentais apriorísticas do neokantismo”, ou seja, entende que a decisão faz parte do processo de criação do direito, não decorrendo, desse modo, da ordem jurídica abstrata como entende Hans Kelsen. Ao distinguir soberania de Estado, Carl Schmitt “se insurge contra uma metafísica acrítica de Estado e a personificação do Estado que são resquícios do absolutismo e ignoram o sentido político da idéia de soberania”³⁴⁷.

Quando afirma que “o conceito de Estado pressupõe o conceito de político”, quer dizer que:

[...] grupos sociais ao se aglutinarem em antagonismos concretos formando as categorias amigo e inimigo podem formar inicialmente uma unidade política para, acessando o poder, posteriormente tornarem-se uma unidade estatal. Mas, não há de se confundir os dois conceitos como faz a doutrina majoritária. Tal confusão gera um ciclo interminável onde o político é comparado ao estatal, o Estado surge como ser político e o político como algo estatal. Sugere como missão da democracia a abolição das distinções que geram a distinção maior entre Estado e Sociedade, pois significam a oposição entre o político e o social, extinguindo assim as separações típicas do Estado Liberal onde os elementos religião, cultura, economia, política, direito e ciência se opõem necessariamente ao político. [...]. O Estado é uma unidade política determinante que deve ser entendida em uma perspectiva ontológica: ou existe ou não existe. Se existe ela é uma unidade suprema, ou seja, soberana. Assim é o Estado, uma unidade que dá a norma, ou a medida, o que configura seu caráter político³⁴⁸.

Carl Schmitt criticou o método kelseniano de desconsiderar tudo que não pode ser conceitualmente deduzido da lei. Esta separação da ordem jurídica da realidade social caracteriza a essência do antagonismo entre os sistemas schmittiano e kelseniano. Carl Schmitt não visualiza qualquer possibilidade de se alcançar à unidade sistemática do

³⁴⁶ Carl Schmitt *apud* FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Op. cit.*, p. 132.

³⁴⁷ DI LORENZO, Wambert Gomes. **O pensamento político de Carl Schmitt**: uma breve introdução. In: *Artigos do Instituto Jacques Maritain do Rio Grande do Sul*, [s.d.]. Disponível em:

<<http://www.maritain.com.br/index2.php?iProduct=91&p=productMore>>. Acesso em: 20 mai. 2008. p. 1.

³⁴⁸ *Idem, ibidem*, p. 1.

direito a partir de uma criação livre do conhecimento jurídico, objetiva, impessoal e abstrata, por meio de uma autoridade anônima e formalista, conforme propunha Hans Kelsen. Para Carl Schmitt “o direito só existe onde há decisão pessoal, e quem decide é o soberano”³⁴⁹.

De algum modo a teoria da soberania de Carl Schmitt se aproxima da doutrina de Thomas Hobbes, no sentido de que “o Estado é apenas uma guerra civil continuamente impedida por um grande poder”³⁵⁰. Na análise de Luciana de Medeiros Fernandes:

Carl Schmitt parte da idéia de que a aplicação do direito não se restringe ao emprego do conteúdo descrito na norma jurídica ao caso concreto, resultando também - e, em alguns casos, exclusivamente - de uma expressão de vontade dissociada mesmo dos elementos pertinentes à ordem jurídica. Assim, nas situações extremas, em que o ordenamento jurídico não oferece os meios necessários à solução dos conflitos, ou em que os instrumentos previstos não são adequados para o deslinde da situação excepcional, a soberania surge como o poder de decidir independentemente dos limites postos pela norma³⁵¹.

Para Carl Schmitt a soberania, em essência, é um poder de tomar decisões políticas a respeito de situações absolutamente excepcionais não explicitadas pelo direito. Não se trata, desse modo, de uma competência de decisão sobre atos legais e segundo regras jurídicas. Corresponde, portanto, a um “poder principiologicamente ilimitado, o poder de suspensão do conjunto do ordenamento existente”³⁵².

De acordo com Gilberto Bercovici, a necessidade do soberano é interpretada, por Carl Schmitt, na normalidade da exceção. Compreende a soberania como a “competência” imprevisível e estranha às normas de direito público, porque “não se trata do término do direito, mas de sua própria origem”. Desse modo, “a soberania é a afirmação da ordem e, ao mesmo tempo, a sua negação”³⁵³. Significa dizer que o direito está à disposição de quem decide, sendo que:

O soberano está, ao mesmo tempo, dentro e fora do ordenamento jurídico, pois ao utilizar o seu poder de suspender a validade do direito, coloca-se legalmente fora da lei. O estado de exceção se justifica pela situação de ameaça à unidade política, portanto, não pode ser limitado, a não ser que esta unidade deixe de

³⁴⁹ DI LORENZO, Wambert Gomes. *Op. cit.*, p. 1.

³⁵⁰ Thomas Hobbes *apud* FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Op. cit.*, p. 132.

³⁵¹ FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Op. cit.*, p. 132.

³⁵² Carl Schmitt *apud* FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Op. cit.*, p. 132.

³⁵³ BERCOVICI, Gilberto. **O estado de exceção econômico e a periferia do capitalismo**. In: *E-premissas*, Revista de Estudos Estratégicos da UNICAMP, nº 2, jan./jun, 2007. p. 61-9. Disponível em: <<http://www.unicamp.br/nee/epremissas/pdfs/2/03.02.pdf>>. Acesso em 20 mai. 2008. p. 62

existir. A exceção não poderia se manifestar no limite do direito, pois só ela, exceção, permite, para Carl Schmitt, que se chegue à essência do direito³⁵⁴.

Para essa teoria decisionista, o monopólio da decisão última está nas mãos do soberano. Assim, a soberania do Estado não está no monopólio da coerção ou da dominação, mas reside na decisão. Carl Schmitt concebe a existência de uma unidade política que, independentemente de onde extrai suas razões, é fator determinante da soberania. É esta unidade política quem decide, de forma soberana, sobre a distinção entre amigo e inimigo, “ou não existe a unidade política soberana”. Assim sendo:

[...] o Estado, em sua condição essencialmente política, tem a possibilidade real de determinar por sua decisão soberana quem é o inimigo e combatê-lo. Em última análise, tem a possibilidade de declarar guerra e de dispor abertamente da vida das pessoas. O objetivo do Estado é produzir dentro de seu território uma pacificação completa, pressuposto necessário para a vigência do direito. Conseqüentemente, o Estado, como unidade política, e enquanto existir como tal, tem a capacidade para determinar por si mesmo quem é amigo e quem é inimigo³⁵⁵.

O Estado de Carl Schmitt, em caso de dissociação com a política e da perda da capacidade e da autoridade em decidir sobre a distinção entre amigo e inimigo, simplesmente deixa de existir como formação política autônoma para se transformar numa mera organização da sociedade civil ou da economia. Assim, “onde o monopólio do político se dissolve, torna-se impossível à unidade jurídico-política denominada Estado tomar decisões e exercitar sua soberania”. Em suma, para a teoria de Carl Schmitt, “a crise da soberania e a perda do monopólio do político” compõem dois lados do mesmo fenômeno de perda de substância política por parte do Estado, sendo que é essa perda que “coloca em crise o sistema internacional de Estados e geram a necessidade de um novo *nomos da Terra*”³⁵⁶.

Embora defensor da soberania, Carl Schmitt reconhece uma tendência à sua decadência:

[...] as entrelinhas deixavam claro o espetáculo da decadência da soberania no século XX. Já no século XIX, porém, o Estado soberano havia perdido a batalha decisiva: o que poderia fazer um Estado continental terrestre contra uma “potência asiática” dona dos oceanos? O que podia fazer, no século XX; um Estado convencional contra as técnicas de dominação indireta dos que têm acesso ao “ouvido” do soberano, contra as práticas ocultas que se desenvolvem

³⁵⁴ BERCOVICI, Gilberto. *Op. cit.*, p. 62.

³⁵⁵ BERCOVICI, Gilberto. *Op. cit.*, p. 62-3.

³⁵⁶ *Idem, ibidem*, p. 63.

no átrio do poder, fugindo à luz do diário oficial, enfim, contra o império da economia e da civilização técnica?³⁵⁷.

O Estado de Carl Schmitt pode suspender o direito independente de qualquer vínculo normativo, eis que é decisão pura, absoluta, para a própria auto-conservação do Estado. Nessa concepção, a soberania é de quem decide, não da norma. É daí que decorre a oposição entre a identificação de direito e Estado de Hans Kelsen e a superação do Estado pelo direito, em Carl Schmitt.

A teoria decisionista também foi desenvolvida pelo jurista e teórico político Hermann Heller (1891 a 1933), que pretendeu formular bases teóricas para as relações da social-democracia com o Estado e o nacionalismo. Hermann Heller escreve sua teoria na época em que a Liga das Nações estava tomando forma, período em que surgiam as primeiras discussões sobre um possível desaparecimento da soberania. “Hermann Heller respondia que não havendo um Estado mundial, o direito internacional continua tal como antes, assim como o conceito de soberania”³⁵⁸.

Conforme Luciana de Medeiros Fernandes, a construção teórica de Hermann Heller parte da concepção de que, para a conservação da comunidade humana, é indispensável “uma esfera decisória universal e suprema, que estabeleça a solução para os vários conflitos surgidos entre os seus membros”. Explica que é “universal, por abranger todo e qualquer assunto manifestado na sociedade”, e é “suprema, por não reconhecer instância superior destinatária de eventual apelo contra a sua decisão”³⁵⁹. Hermann Heller define a soberania como “a qualidade da independência absoluta de uma unidade de vontade frente a qualquer outra vontade decisória universal efetiva”³⁶⁰. Em outra passagem expressa que “chamamos de soberana aquela vontade da comunidade que corresponde adotar as decisões últimas, nas quais reside o supremo Poder Legislativo”³⁶¹.

Para Hermann Heller existem normas jurídicas fundamentais que são “princípios constitutivos da forma pura do direito”, isto é “um conjunto de princípios lógicos e éticos, que não possuem realidade jurídica, na medida em que não determinam uma consequência jurídica para a conduta do indivíduo, obrigando apenas eticamente, mas informam o sistema jurídico”, sendo que:

³⁵⁷ Carl Schmitt *apud* FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Op. cit.*, p. 133.

³⁵⁸ BERARDO, Telma. 2003. *Op. cit.*, p. 41.

³⁵⁹ FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Op. cit.*, p. 133.

³⁶⁰ Hermann Heller *apud* BERARDO, Telma. 2003. *Op. cit.*, p. 39.

³⁶¹ FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Op. cit.*, p. 134.

A transformação das normas jurídicas fundamentais em normas jurídicas positivas, ou seja, em normas coercitivas determinantes de condutas, em mandamentos consubstanciados em decisões acerca da extensão e dos limites da conduta humana, dá-se apenas através da vontade humana. E, nesse sentido, a vontade é soberana³⁶².

Para Hermann Heller, o racionalismo jurídico kelseniano desvinculou a soberania dos indivíduos enquanto unidade de vontade, firmando-a na norma jurídica destituída de toda subjetividade, consumando, desse modo, o processo de degeneração do conceito de soberania. Em oposição à teoria de Hans Kelsen, Hermann Heller afirma que “não se pode desvincular a norma jurídica da decisão individual de vontade, pois é essa decisão que cria o direito, não sendo este produto de abstrações lógicas”³⁶³.

A questão que Hermann Heller pretende responder com sua teoria decisionista pauta-se na descoberta do sujeito da soberania. Entende que o Estado não pode ser considerado soberano, argumentando que o Estado é uma abstração, que tem sua unidade devida aos indivíduos e, por essa razão, não poderia ser detentor de soberania. Quem é titular da soberania, portanto, segundo essa doutrina, é o povo, que a exerce por meio dos princípios da representação e da maioria, os quais unificam a pluralidade das vontades. Desse modo, se se considerar que o Estado é uma unidade de vontade (vontade geral do povo), então não é uma ficção, “é resultado de um processo social real, e esta unidade independe de qualquer outra vontade decisória, então o Estado é soberano (sua soberania decorre da soberania do povo)”³⁶⁴.

Hermann Heller sustenta que a soberania é absoluta, mas que essa característica não é abalada pela existência do direito internacional e pela interdependência entre os Estados soberanos. Afirma que as obrigações resultantes de tratados entre os Estados não descaracterizariam o caráter absoluto da soberania, ao contrário, o reafirmaria, pois se trata de um dos sustentáculos do direito internacional. Ademais, sustenta que o direito internacional parte da validade dos ordenamentos que se relacionam, e da necessidade que cada Estado possui de lutar por sua auto-conservação³⁶⁵.

Hermann Heller é enfático ao defender que o direito internacional pressupõe a existência de Estados soberanos, já que, em sua opinião, são os Estados soberanos que

³⁶² *Idem, ibidem*, p. 134.

³⁶³ Hermann Heller *apud* FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Op. cit.*, p. 134.

³⁶⁴ FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Op. cit.*, p. 135.

³⁶⁵ Hermann Heller *apud* BERARDO, Telma. 2003. *Op. cit.*, p. 40.

criam e são sujeitos do direito internacional, e conclui, na síntese de Luciana de Medeiros Fernandes:

[...] a soberania não é um obstáculo à formação de um direito internacional, mas sim, pressuposto deste. Até porque poder supremo não quer dizer poder único, mas poder exercido no âmbito de determinado território, dentro do qual não admite instância decisória superior. Assim, a soberania de um Estado não exclui a soberania do outro. Diz Hermann Heller que toda a dificuldade na admissão da convivência da soberania com o direito internacional reside na tortuosa premissa que sustenta a discussão, desde Hugo Grotius [1583 a 1645]³⁶⁶, qual seja: soberania absoluta do Estado ou validade absoluta do direito internacional. Tal inflexibilidade não seria razoável, na medida em que a soberania do Estado é absoluta apenas nos lindes do seu território, não estorvando a soberania dos outros Estados; enquanto a norma jurídica internacional pressupõe Estados soberanos, unidades decisórias independentes, sujeitos internacionais em condições de igualdade e liberdade, cujas vontades converjam para a formação desse direito internacional, sendo, pois, uma ordem contratual e não uma ordem de poder, até porque não há, quanto ao direito internacional, uma ordem decisória permanente. Assim, não há incompatibilidades entre eles. Por conseguinte, a validade do direito internacional, como ocorre com o direito estatal, decorre não apenas da unidade de vontades (dos Estados), mas também do respeito a normas jurídicas fundamentais (como o princípio da própria conservação dos Estados)³⁶⁷.

A soberania, então figura como a qualidade de uma unidade territorial de decisão e ação, em virtude da qual, em defesa do mesmo ordenamento jurídico, se afirma de modo absoluto nos casos de necessidade, mesmo contra o direito. Desse modo, quando o Estado estiver ameaçado, é possível romper os limites do direito para garantir a existência e a segurança estatal. Desse modo, enquanto no âmbito interno o Estado é sempre soberano, na ordem internacional a intensidade é menos acentuada, face à igualdade e independência.

Por fim, colaciona-se a teoria pluralista do cientista político e economista inglês Harold Joseph Laski (1893 a 1950), para quem a soberania, enquanto um poder coercitivo supremo, é uma qualidade absoluta do poder do Estado, o que não significa dizer que seja arbitrária, eis que se submete às normas jurídicas e é limitada pela “atividade das coletividades e grupos sociais existentes na comunidade estatal, bem como pela competência dos Estados estrangeiros”³⁶⁸.

³⁶⁶ O jurista holandês Hugo Grotius é considerado por parte dos estudiosos do assunto como o pai do direito internacional, cuja obra *jure belli ac pacis*, publicada em 1625, sobre o direito de guerra e de paz, é tida como o primeiro estudo sistematizado do direito internacional. Hugo Grotius era contrário à guerra, aceitando-a apenas quando fosse justa. Mesmo assim, depois de desencadeada, o Estado era obrigado a conduzi-la de forma moderada. Ademais, preconiza que as relações entre os países devem fundamentar-se na igualdade e na independência. A soberania de Hugo Grotius não tinha a qualidade de “absoluta”, porque limitada pelas leis natural e divina, bem como pelos acordos celebrados entre governantes e governados e pelas leis das nações.

³⁶⁷ FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Op. cit.*, p. 136.

³⁶⁸ *Idem, ibidem*, p. 138-9.

A teoria pluralista traz um conceito mais amplo de soberania, tendo em vista a concepção de que, além da soberania nacional do Estado, existem outros grupos sociais soberanos nos limites de sua competência, como, por exemplo, a soberania religiosa, a soberania sindical e a soberania econômica. Harold Joseph Laski, de acordo com Luciana de Medeiros Fernandes, construiu sua teoria pluralista a partir:

[...] de um conceito de soberania que ele definia como mais amplo, na medida em que não levaria em consideração a definição de soberania como poder absoluto dentro de sua esfera, mesmo porque não acreditava em um poder que alcançasse obediência absoluta. Posicionando-se contrariamente à filosofia monista, que entendia ser destruidora da personalidade do indivíduo, sustentava que seria ingenuidade pensar que o Estado teria um poder que está à margem da vontade de seus membros, tendo em conta que seria uma organização voluntária, dotada dos mesmos fins concernentes a qualquer sindicato, igreja ou sociedade científica. E mais que isso, a lealdade do indivíduo estaria seccionada entre os diferentes grupos a que ele pertenceria, de modo que a ação do indivíduo seria determinada pela natureza de uma situação particular³⁶⁹.

Concebendo que o Estado não é o único sistema que desenvolve uma organização de poder, o citado autor defende o abandono do conceito de soberania. Para ratificar seu ponto de vista, sustenta que no âmbito externo, por exemplo, o Estado representa apenas uma unidade inserida numa sociedade de Estados, sendo que, na hipótese de eventual conflito violento, prevaleceria a vontade do conjunto de Estados. Assim sendo, em nível internacional, a idéia de soberania seria incompatível com os interesses da humanidade, eis que o bem-estar do mundo é uno e indivisível, e se coloca acima das perspectivas e diferenças, sendo que a determinação coordenada das diferenças estatais representaria a primeira condição para o estabelecimento da pacificação social³⁷⁰.

O destaque da teoria sustentada por Harold Joseph Laski está no fato de compreender que a convivência entre os Estados seria possível apenas por meio de um acordo que os vinculasse, sem abrir espaço à soberania. Nas palavras de Harold Joseph Laski:

O estabelecimento de uma estrutura governamental internacional constitui, portanto, um axioma em qualquer esquema de bem-estar internacional. [...]. Se os seres humanos precisam conviver na grande sociedade terão que conviver na grande sociedade do mundo, terão que se adiantar nos hábitos das relações cooperativas. Precisam começar a pensar que seu pequeno pelotão nacional é, simplesmente, uma parte do grande regimento humano. [...]. O fato de que na grande sociedade humana se ramificam as ações até o ponto de que Tóquio e Paris são centros de uma só comunidade supõe a organização de uma entidade política que representa a dita comunidade. O Estado universal, qualquer que seja sua estruturação e o grau de descentralização que encerre em seu seio, exclui a

³⁶⁹ FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Op. cit.*, p. 139-40.

³⁷⁰ *Idem, ibidem*, p. 140.

separação de soberanias ilhadas e particulares. As funções que influem na vida da grande sociedade têm que se sujeitar à decisão coletiva e concertada dos homens³⁷¹.

Desse modo, o pluralismo corresponderia ao reconhecimento de uma multiplicidade de centros de poder, situação que se opõe à concentração e unificação do poder do Estado moderno. Além disso, o pluralismo figuraria como suporte à defesa da alternatividade jurídica, isto é:

[...] como contextura fundamentadora da criação normativa popular, dentro dos limites territoriais do Estado, não obstante ao nível infraestatal, ou, dito de outro modo, do surgimento de grupos microssociais (como sindicatos, associações de moradores ou profissionais) com poderes de fixação de disposições normativas ou de ordenamentos parciais³⁷².

Esse pensamento leva à conclusão de que a multiplicação das fontes de produção normativa, também abarcadas pelos novos atores sociais, representados pelos organismos internacionais, comunidades econômicas, empresas transnacionais e pelas forças de mercado, levaria à supressão da idéia de soberania nacional na medida em que esta seria associada à soberania estatal. Por conseguinte, no lugar do dogma da completude do sistema jurídico entraria em cena a factibilidade das mudanças e complexificações e o reconhecimento da produção normativa por grupos sociais organizados extra-estatalmente, por meio da descoberta da sociedade enquanto agente e não apenas como destinatária das normas produzidas, de modo isolado e distante, pelo Estado³⁷³. Nessa concepção:

[...] se antes tínhamos o Estado nacional, enquanto ente jurídico dominador, ou com pretensões de dominação, das esferas infra e supra-estatais, que não eram por ele reconhecidas, em razão mesmo da auto-titulação de detentor do monopólio legislativo, hoje teríamos o reconhecimento oficial e expresso da capacidade normativa de corpos sociais autônomos, soberanos nas suas respectivas áreas de atuação³⁷⁴.

A teoria pluralista, portanto, promove a identificação de organismos sociais autônomos e o compartilhamento da soberania. Combate à idéia de um Estado soberano todo-poderoso, colocando, em seu lugar, o conceito de pluralismo político. Nesse prisma, todo poder e toda organização são necessariamente federalistas, negando as perspectivas unitaristas e centralizadoras do Estado.

Na sua origem, a soberania era de caráter exclusivamente político. Atualmente, está juridicamente disciplinada. Significa dizer que o poder soberano é um poder jurídico e não

³⁷¹ Harold Joseph Laski *apud* FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Op. cit.*, p. 140-1.

³⁷² FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Op. cit.*, p. 141.

³⁷³ *Idem, ibidem*, p. 141-2.

³⁷⁴ *Ibid*, p. 142.

mais político, embora mantenha, no aspecto fático, seu caráter político. É que, apesar do progresso verificado rumo à soberania jurídica, a soberania continua a ser concebida de dois modos distintos: como sinônimo de “independência”, e dessa forma “tem sido invocada pelos dirigentes dos Estados que desejam afirmar, sobretudo ao seu próprio povo, não serem mais submissos a qualquer potência estrangeira”, e como a expressão de um “poder jurídico mais alto”, “significando que, dentro dos limites da jurisdição do Estado, este é que tem o poder de decisão em última instância, sobre a eficácia de qualquer norma jurídica”. Nas explicações de Dalmo de Abreu Dallari:

É obvio que a afirmação de soberania, no sentido de independência, se apóia no poder de fato que tenha o Estado, de fazer prevalecer sua vontade dentro de seus limites jurisdicionais. A conceituação jurídica de soberania, no entanto, considera irrelevante, em princípio, o potencial de força material, uma vez que se baseia na igualdade jurídica dos Estados e pressupõe o respeito recíproco, como regra de convivência. Neste caso, a prevalência da vontade de um Estado mais forte, nos limites da jurisdição de um mais fraco, é sempre um ato irregular, antijurídico, configurando uma violação de soberania, passível de sanções jurídicas. E mesmo que tais sanções não possam ser aplicadas imediatamente, por deficiência de meios materiais, o caráter antijurídico da violação permanece, podendo servir de base a futuras reivindicações bem como à obtenção de solidariedade de outros Estados³⁷⁵.

Conforme Raimond Polin:

Atualmente, a soberania não é mais entendida no seu sentido absoluto, pelo contrário, ela é tomada como dependendo da ordem jurídica internacional. Estado soberano deve ser entendido como sendo aquele que se encontra subordinado direta e imediatamente à ordem jurídica internacional, sem que exista entre ele e o direito internacional qualquer outra coletividade de permeio. É assim, sujeito de direito internacional com capacidade plena o Estado que tem a “competência da competência” na linguagem dos autores alemães³⁷⁶.

É evidente que a questão da soberania nunca foi fácil de ser resolvida, e quanto mais se avança no tempo, mais complexa se apresenta. Às denominações classicamente utilizadas para identificar sua fonte e sua orientação são agregadas outras, idealizadas a partir das novas formas de comportamento humano, geradas num tempo-espaco determinado. Constata-se que a visão de soberania sempre foi voltada à satisfação e à legitimação dos poderes do próprio Estado, e nesse particular seu conceito está superado, eis que a realidade hodierna exige a satisfação dos indivíduos.

O Estado contemporâneo age pela consideração da vontade geral, e não mais para a satisfação de interesses próprios. Não existe mais um monarca personificador do Estado e determinador unilateral de sua vontade. Em seu lugar, surgem os representantes do povo

³⁷⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. 1993. *Op. cit.*, p. 72.

³⁷⁶ Raimond Polin *apud* MELO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Op. cit.*, p. 349 (grifo do autor).

que agem em seu nome, e que, por ele, podem ser destituídos. Isso não implica, porém, que a soberania não poderia mais ser compatibilizada com as novas tendências. A alteração da titularidade do poder transforma a soberania do monarca em soberania popular. As mudanças fazem com que seja necessária uma reavaliação dos conceitos de soberania até então apresentados.

Uma das principais questões envolvendo o conceito contemporâneo de soberania está justamente na busca e manutenção do equilíbrio na construção de uma ordem internacional legítima, capaz de respeitar o exercício da soberania de cada Estado, e, ao mesmo tempo, capaz de criar mecanismos regulatórios que funcionem como instrumento voltado para a solução de conflitos e tendo como finalidade o ser humano. Emerge, então, uma questão ainda sem respostas: quando um Estado ratifica um tratado de proteção dos direitos humanos, diminui ele sua soberania ou, ao contrário, pratica um verdadeiro ato soberano?

Para que este questionamento possa ser respondido, é preciso analisar os contornos postos à soberania no aspecto internacional, o que implica na análise prévia da evolução do direito internacional dos direitos humanos.

CAPÍTULO 2

FUNDAMENTOS DO PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Este estudo tem como proposta apresentar uma discussão sobre o conceito de soberania face à efetivação da proteção internacional dos direitos humanos. Esta linha de pesquisa exige o enquadramento histórico-jurídico do tema, razão pela qual se socorre constantemente da cronologia, implementada por meio do estudo da sucessão dos fenômenos históricos. Justifica-se a escolha dessa metodologia, em razão dela permitir uma visão temporal e abrangente, imprescindível para compreender as situações específicas analisadas. A cronologia apresentada ao longo do desenvolvimento do tema relata os principais acontecimentos que permitem identificar os elementos caracterizadores da definição dos dois objetos principais deste estudo no momento histórico em que cada um desses institutos foi esculpido, quais sejam: a soberania e os direitos humanos.

Nesse capítulo adota-se a divisão esquemático-cronológica da gênese e do desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos a partir das quatro “eras” da história humana universal, a saber: a Idade Antiga, a Idade Média, a Idade Moderna e a Idade Contemporânea. Ressalte-se que as datas das leis gravadas na Idade Antiga são aproximadas, pois que não se tem como comprová-las com precisão, diante da variedade de dados apresentada, dependendo do pesquisador.

2.1 DIREITOS HUMANOS NA ANTIGUIDADE

A Idade Antiga, aqui concebida como a época que vai desde a invenção da escrita, que ocorreu na Mesopotâmia por volta do ano 4000 a.C. a 3500 a.C., e se estendeu até a queda do Império Romano do Ocidente em 476 d.C., conheceu uma forma primitiva de direitos humanos.

Via de regra, a doutrina relaciona a origem dos direitos humanos com o surgimento do Estado de Direito, no entanto, não se pode olvidar o legado das antigas civilizações que apesar de não conhecerem a técnica do limite do poder pela lei, de algum modo e na medida permitida pelas formas rudimentares de instituições sociais, bem como pelo costume, privilegiaram a pessoa humana. É neste prisma que José Soder afirma que os direitos humanos “possuem existência intangível, independente das instituições políticas e sociais das organizações humanas”³⁷⁷. No mesmo sentido João Baptista Herkenhoff pontua que “quaisquer direitos atribuídos a seres humanos, como tais, pode ser assinalado o reconhecimento de tais direitos na Antiguidade”³⁷⁸. Também Rogério Gesta Leal:

Parece ser consenso entre os historiadores que as origens mais antigas dos direitos fundamentais da pessoa humana se encontram nos primórdios da civilização, abarcando desde as concepções formuladas pelos hebreus, pelos gregos, pelos romanos, e pelo cristianismo, passando pela Idade Média, até os dias de hoje³⁷⁹.

Poucas notícias se têm das relações sociais e suas regras nos tempos anteriores à idealização da escrita cuneiforme pelos sumérios, que aconteceu por volta de 4000 a.C., na Mesopotâmia. Muito do que se conhece hoje sobre este período da história é devido às placas de argila com registros cotidianos, administrativos, econômicos e políticos da época. Com a escrita surgiu a possibilidade de se perpetuar as conquistas do espírito humano, até então transmitidas oralmente de geração em geração.

Extraí-se da obra “a cidade antiga” escrita em 1864 por Fustel de Coulanges (historiador francês que viveu entre 1830 a 1889) - que trata detalhadamente da formação da proto-civilização romana e da incorporação e paridade com outras civilizações e costumes orientais -, que o contexto de normas que regiam o comportamento humano durante os primeiros séculos tinha caráter religioso, provido de crenças como o fogo sagrado, o culto aos antepassados, o respeito aos deuses³⁸⁰.

³⁷⁷ SODER, José. **Direitos do homem**. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1960. p. 15.

³⁷⁸ HERKENHOFF, João Baptista. **Curso de direitos humanos: gênese dos direitos humanos**. V. 1. São Paulo: Acadêmica, 1994. Livro Digitalizado. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/herkenhoff/livro1/dhmunido/index.html#1>>. Acesso em: 02 jul. 2008. p. 1.

³⁷⁹ LEAL, Rogério Gesta. **Direitos humanos no Brasil: desafios à democracia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; Santa Cruz do Sul; EDUNISC, 1997. p. 20.

³⁸⁰ COULANGES, Fustel de. *Op. cit., passim*.

Foi sob essa inspiração que instrumentos normativos como o Código de *Urukagina* ou *Uruinimgina*³⁸¹, Código de *Ur-Nammu*³⁸², o Código de *Hammurabi*³⁸³, a *Torah*³⁸⁴ e o Código de *Manu*³⁸⁵, foram elaborados. Aos poucos o direito foi se laicizando, por exemplo, a Lei das Doze Tábuas³⁸⁶ resultou da expressão do povo através dos tribunos romanos. Com o passar dos tempos cada povo foi adotando uma lei de acordo com as suas necessidades específicas, embora incorporando os direitos que foram sendo conquistados pela humanidade como um todo.

³⁸¹ *Urukagina* ou *Uruinimgina*, auto-denominado de Rei de Lagash ou Sumer, cidade da antiga Mesopotâmia, foi o autor do Código de *Urukagina* ou *Uruinimgina*, escrito por volta de 2350 a.C., reconhecido como o primeiro código de leis na história da humanidade e a primeira reforma social.

³⁸² *Ur-Nammu* é o fundador da Terceira Dinastia da cidade de Ur, localizada no extremo sul da Mesopotâmia. Promulgou o Código de *Ur-Nammu*, por volta de 2100 a 2000 a.C.

³⁸³ Em momento posterior ao Código de *Ur-Nammu*, surge o Código de *Hammurabi*. Trata-se de um dos mais antigos conjuntos de leis já encontrados, e um dos exemplos mais bem preservados deste tipo de documento da antiga Mesopotâmia. Estima-se que tenha sido elaborado por volta de 1700 a.C. (os dados são imprecisos). Consiste em um sistema codificado de leis, surgido na Mesopotâmia, através do rei da Babilônia, *Hammurabi*, também conhecido por *Kamo-Rábi*, que reviu, adaptou e ampliou diversas leis sumérias e acadianas, escritas e orais, da época. “Khammu-rabi, rei da Babilônia no Século XVIII a.C., estendeu grandemente o seu império e governou uma confederação de cidades-Estado. Erigiu, no final do seu reinado, uma enorme ‘estela’ em diorito, na qual ele é retratado recebendo a insígnia do reinado e da justiça do rei Marduk. Abaixo mandou escreverem 21 colunas, 282 cláusulas que ficaram conhecidas como Código de *Hammurabi* (embora abrangesse também antigas leis)” (DIREITO INTERNACIONAL, Legislação.

Código de *Hammurabi* do Século XVIII a.C. Disponível em:

<<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm>>. Acesso em: 10 jul. 2008.

³⁸⁴ Essa lei, também chamada de *Torá* e Lei de Moisés (Lei Mosaica), foi escrita por volta do século XIII a.C. (1.200 a.C.), e está contida no Pentateuco (*Chumash*), que consiste nos cinco livros que formam a primeira parte da Bíblia (principal livro cristão), e viria a ser a fonte de coerência e unidade do povo judeu e, todos os tempos e lugares.

³⁸⁵ Código de *Manu*, de autoria do personagem mítico *Manu Vaivasvata* (considerado o “pai dos homens”) viveu na Índia antiga. É considerado a lei mais antiga da Índia, porém não teve projeção legal. Não se sabe ao certo quando foi escrito. Alguns historiadores dizem que surgiu mais de dois mil anos antes do Código de *Hammurabi*, outros que decorre do período que vai do século II a.C. ao século II d.C. “Segundo uma lenda, *Sarasvati* foi a primeira mulher, criada por *Brahma* da sua própria substância. Desposou-a depois e do casamento nasceu *Manu*, o pai da humanidade, a quem se atribui o mais popular código de leis reguladoras da convivência social. Personagem mítico constantemente citado e altamente honrado não somente como o sumo legislador, mas também excelente em outras obras abrangendo todo o gênero da literatura indiana. É freqüentemente envolvido na lenda, assumindo ora a figura de um antigo sábio, de um rei, de um legislador, ora como o único ser sobrevivente após a catástrofe do dilúvio. *Manu*, progênie de *Brahma*, pode ser considerado como o mais antigo legislador do mundo; a data de promulgação de seu código não é certa, alguns estudiosos calculam que seja aproximadamente entre os anos 1300 e 800 a.C.” (DIREITO INTERNACIONAL, Legislação. **Manusrti - Código de Manu, 200 a.C. e 200 d.C.** Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/manusrti.htm>>. Acesso em: 10 jul. 2008).

³⁸⁶ A Lei das Doze Tábuas (*Lex Duodecimarum Tabularum*) foi adotada em Roma por volta de 450 a 425 a.C. Esta lei resultou da luta por igualdade levada a cabo pelos plebeus em Roma. “Esta lei foi um dos resultados da luta por igualdade levada a cabo pelos plebeus em Roma. A escola tradicionalista atribui ao tribuno da plebe, Gaio Arsa a criação de uma magistratura no ano de 461 a.C. encarregada de fazer redigir uma forma de lei que diminuísse o arbítrio dos cônsules. Em contrapartida, a lei escrita traria uma menor variação nos julgamentos que envolvessem Patrícios e Plebeus, já que, sendo os juizes de origem patrícia, a tendenciosidade de seus julgamentos ficava óbvia. Teria sido enviados a Grécia uma comissão com a missão de estudar as leis de Sólon. Dois anos depois foi nomeada uma magistratura extraordinária composta por dez membros, os decênviro (= dez varões) que teria redigido a posteriormente nomeada Lei das Doze Tábuas” (DIREITO INTERNACIONAL, Legislação. **Lei das Doze Tábuas, 450 a.C.** Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/12tab.htm>>. Acesso em: 10 jul. 2008).

Os primeiros textos tratando de normas de conduta da sociedade humana foram gravados na Mesopotâmia antiga, construída pelos povos sumérios. As primeiras cidades de que a humanidade tem conhecimento e que interessam para este estudo são: Ur, Uruk Lagash ou Sumer, Eshaunna, Isin e Babilônia.

Foi na cidade de Lagash, durante o reino de Urukagina, que o Código de *Urukagina* ou *Uruinimgina* foi escrito, por volta de 2350 a.C. Trata-se do mais antigo texto normativo que se têm notícias e que revela os esforços implementados na época no combate à tirania e à opressão pelo poder. Este documento grava uma reforma arrebatadora de uma série inteira dos abusos prevalentes e ao mesmo tempo fornece um retrato da crueldade do homem para com o homem em todos os níveis: social, econômico, político, e psicológico. É neste texto original que é encontrada a palavra “liberdade” usada pela primeira vez na história gravada; trata-se da palavra *amargi*, que significa literalmente o “retorno à mãe”³⁸⁷.

O Código de *Urukagina* ou *Uruinimgina* tem importância histórica relevante porque foi um instrumento normativo que pretendeu promover uma reforma social no sentido de proteger o fraco do forte, trazendo limitações aos poderes dos altos funcionários públicos e estabelecendo mecanismos concretos de justiça social, por meio de garantias de direitos aos indigentes, aos órfãos e às viúvas, aos cegos, de anistia aos presos, além de reduzir impostos e proibir extorsões, dentre outros. Este Código corresponde a um esforço geral legislativo e reformista que ocorre em diversas cidades sumérias por volta de 2350 a.C. Na epígrafe do referido “Código” consta a seguinte frase “o poderoso não oprimirá o órfão e a viúva, pois que tal pacto foi estabelecido por Urukagina com *Ningirsu*” (divindade protetora da cidade).

Ressalte-se que *Urukagina* ficou pouco tempo no poder, sendo que suas medidas que o transformavam num justiceiro social e defensor do fraco não vigoraram depois de sua

³⁸⁷ From about 2350 B.C., during the reign of Urukagina of Lagash, we have one of the most precious and revealing documents in the history of man and his perennial and unrelenting struggle for freedom from tyranny and oppression. This document records a sweeping reform of a whole series of prevalent abuses, most of which could be traced to a ubiquitous and obnoxious bureaucracy consisting of the ruler and his palace coterie; at the same time it provides a grim and ominous picture of man's cruelty toward man on all levels--social, economic, political, and psychological. Reading between its lines, we also get a glimpse of a bitter struggle for power between the temple and the palace--the "church" and the "state"--with the citizens of Lagash taking the side of the temple. Finally, it is in this document that we find the word "freedom" used for the first time in man's recorded history; the word is *amargi*, which, as has recently been pointed out by Adam Falkenstein, means literally "return to the mother" (KRAMER, Samuel Noah. **The sumerians: their history, culture, and character.** Chicago: University of Chicago Press, 1971. p. 79).

deposição. No entanto, serviram de fundamento para a elaboração de leis mais justas em momentos históricos futuros. Tornou-se importante legado ao posterior mundo ocidental, dando início, em certa medida, à tradição secular de conceber as bases legais estabelecidas ao poder e à justiça com a justificativa de possibilitar uma vida mais digna aos cidadãos.

O Código de *Urukagina* ou *Uruinimgina* não pode ser definido como um tipo de constituição, nem serve para ser citado como embrião constitucional, porém é considerado o precursor dos códigos posteriores. Sua importância está nos termos da evolução legal, figurando como o primeiro exemplo do trato legislativo do rei enquanto representante da justiça social, na sua função de defesa do mais fraco, eis que, como visto, Urukagina prometeu solenemente à divindade *Ningirsu*, o deus da cidade de Lagash, reformar a sua sociedade. Essas reformas prometidas não se assemelham a um corpo de leis obrigatórias como hoje conhecidas, mas são consideradas precursoras de uma longa série de desenvolvimento legal.

No que diz respeito especificamente aos direitos humanos, além da defesa dos mais fracos, destaca-se a concepção do próprio soberano que “deve ser forte o bastante para defender a sua cidade, mas não um grande conquistador, para não trazer luto nas famílias de seus próprios súditos. Seu empenho é ser o bom pastor, que cuida do bem-estar de seu rebanho”³⁸⁸.

Ao tratar da história do direito na Mesopotâmia antiga, Aluisio Gavazzoni informa que:

[...] nas pequenas comunidades a vida urbana demandou certo grau de formalização - na verdade houve uma evolução de costumes para um “sistema legal”. A justiça tornou-se, realmente, a mais importante preocupação dos sumérios e de seus sucessores na Mesopotâmia. Seus dirigentes, ao divulgarem “formulários judiciais”, pretendiam “trazer justiça à Terra”. Provavelmente no início da civilização os procedimentos legais eram conduzidos dentro dos templos ou em seu pórtico. Existe discordância sobre esse assunto, mas parece que nos últimos séculos da Antiga Dinastia esse não era mais o caso, embora a “sanção divina”, na qual a justiça repousava, fosse reconhecida pelos litigantes³⁸⁹.

O documento legal da época, ainda segundo Aluisio Gavazzoni, era chamado de *ensi* ou *lugal*, e “agia em nome da autoridade divina”. Urukagina proclamou que suas

³⁸⁸ MELLA, Federico A Arborio. **Dos sumérios a Babel - Mesopotâmia: História, Civilização e Cultura**. Tradução de Norberto de Paula Lima. São Paulo: Hemus, 2000. p. 108.

³⁸⁹ GAVAZZONI, Aluisio. **História do direito: dos sumérios até a nossa era**. 2. ed., atual. e aum. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002. p. 34 (grifos do autor).

reformas à *ensi* lhe eram inspiradas pelo deus *Ningirsu* e que ele se mantinha rigorosamente obediente às instruções daquela divindade. Assim, “um rei nacional devia agir não apenas em nome da divindade de sua cidade, mas também em nome do deus da justiça e do deus do sol (*Utu* ou *Shamash*)”³⁹⁰.

Foi dessa forma que *Ur-Nammu*, fundador da Terceira Dinastia da cidade de Ur, localizada no extremo sul da Mesopotâmia, já no período da Renascença Neo-Suméria, promulgou o Código de *Ur-Nammu*, por volta de 2100 a 2000 a.C. O Código de *Ur-Nammu* trata de temas diversos e serviu de inspiração para a elaboração do Código de *Hammurabi*. *Ur-Nammu* gravou no prólogo de seu Código a seguinte frase: “pelo poder de *Namma*, senhor da cidade de Ur e, de acordo com a palavra de *Utu*”, pretendendo, desse modo, estabelecer a “igualdade da Terra, banindo a maldição, violência e fome”³⁹¹. Este Código teve como assunto principal a transformação da pena de talião (olho por olho, dente por dente) em punições pecuniárias, citado como embrião do instituto da indenização. Apesar dos textos incompletos, já se verificava a preocupação do dirigente da época em reprimir a violência e o instinto de vingança, inato no ser humano.

O Código de *Ur-Nammu* foi seguido por um código da cidade de Eshaunna, de 1930 a.C., sem nome real conectado, que dentre suas regras inclui “um sistema de cortes de julgamento, funcionamento do reino e do palácio, escravidão, casamento e divórcio, interferência do poder real no domínio econômico para coibir altas dos preços de alimentos, e serviu de base para a elaboração do Código de *Hammurabi*”³⁹².

Aproximadamente em 1.870 a.C., foi promulgado por um governante de Isin o Código de *Lipit-Ishtar*, composto por trinta e oito leis, que ao exemplo dos anteriores, agia segundo as instruções dos grandes deuses que ordenaram que se trouxesse o bem-estar aos povos de suas cidades, cujo prólogo é um exemplo de como as normas eram manifestações de auto-promoção do rei. Na interpretação de Bruno José Ricci Boaventura:

Estava então registrada na história do ser humano a serviniência da lei à imagem de seu legislador, o que na contemporaneidade volta a ser fenômeno freqüente, com políticos instados a criarem leis para mero deleite de seus eleitores, mesmo que não sejam aplicadas concretamente³⁹³.

³⁹⁰ GAVAZZONI, Aluisio. *Op. cit.*, p. 34.

³⁹¹ *Idem, ibidem*, p. 34-5.

³⁹² BOAVENTURA, Bruno José Ricci. A **gênese das idealizações ocidentais da lei e do legislador**. In: *Jus Vigilantibus*, em 16 de abril de 2008, Editora Dominus Legis. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/32869>>. Acesso em: 07 jul. 2008. p. 1.

³⁹³ *Idem, ibidem*, p. 1.

Tempos depois surge o Código de *Hammurabi*, mais extenso, melhor ordenado e com um efeito muito mais autoritário do que qualquer dos que o precederam. Estima-se que tenha sido elaborado por volta de 1700 a.C., mas os dados são imprecisos. No alto da pedra onde as leis de *Hammurabi* foram gravadas está o rei reverenciando *Shamash*, o qual segura os símbolos da justiça. No epílogo do Código de *Hammurabi*, conta o seguinte:

Eu sou o rei mais importante entre reis, minhas palavras são escolhidas, minha habilidade não tem igual. Por ordem de *Shamash*, o grande juiz do céu e da Terra, possa minha justiça prevalecer na Terra; pela palavra de Marduk, meu senhor, nunca exista alguém que a mude³⁹⁴.

Apesar de melhor ordenado e com um efeito muito mais autoritário do que qualquer dos que o precederam, pode-se dizer que o Código de *Hammurabi* “não era mais que uma revisão aumentada de seus antecessores sumérios”³⁹⁵.

Para Alexandre de Moraes, o Código de Hammurabi defendia basicamente a vida e o direito de propriedade e também contemplava a honra, a dignidade, a família e a supremacia das leis em relação aos governantes. No entanto, embora contivesse dispositivos que continuam aceitos até hoje, fundava-se sobretudo no princípio de talião: “olho por olho, dente por dente”. Previa, portanto, castigos desumanos como o afogamento, o empalamento e o arrancamento da língua e de outras partes do corpo, por exemplo³⁹⁶.

Já a *Torah* (lei), escrita por volta do século XIII a.C (1.200 a.C), atribuída a Moisés e reunida nos primeiros livros da Bíblia sob o título de “Pentateuco”, compõe-se de um conjunto de regras morais, sociais e religiosas que deveriam, obrigatoriamente, serem observadas pelo povo de Israel. O fundamento da lei mosaica são as leis divinas: os dez mandamentos, assim expostos:

Protegia a vida (não matarás); a propriedade (não furtarás); a honra (não prestarás falso testemunho); a família (honrarás teu pai e tua mãe; não cometerás adultério; não cobiçarás a mulher do próximo), institui o descanso semanal (no sétimo dia descansarás). Admitia a pena de morte e a escravidão. Pela primeira vez, governantes e governados estavam sujeitos a mesma Lei. Só Javé (Deus) estava acima da lei³⁹⁷.

³⁹⁴ GAVAZZONI, Aluisio. *Op. cit.*, p. 35.

³⁹⁵ *Idem, ibidem*, p. 35.

³⁹⁶ MORAES, Alexandre de. 1998. *Op. cit.*, p. 40 e ss.

³⁹⁷ PINHEIRO, Tertuliano C. **Fundamentos e fontes dos direitos humanos**. Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte, apostila nº 1. Natal, 26 de setembro de 2001. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/tertuliano/apostila01.html>>. Acesso em: 07 jul. 2008. p. 1.

O pensamento religioso legou sua contribuição para a evolução dos fundamentos do direito e, por consequência, trouxe e deixou para as gerações futuras uma nova visão sobre o ser humano: “Deus criou o homem à sua imagem e semelhança”³⁹⁸.

A despeito dos aspectos religiosos, os dez mandamentos da lei mosaica figuram como “autêntico código de ética e de comportamento social, cujo cumprimento identifica um conteúdo e uma prática voltada aos direitos humanos mais tarde protegidos”. A Bíblia em si mesma “tem um conteúdo essencialmente humanista, que a partir de um marco religioso presente na cultura greco-romana, consolidou-se no cristianismo”³⁹⁹. Com a dispersão do povo hebreu por todo o mundo, e depois com a chegada do cristianismo, o humanismo religioso se proliferou de modo significativo, contribuindo sobremaneira às mudanças sócio-culturais da humanidade ocidental.

No conhecido Código de *Manu*, de autoria do personagem mítico Manu Vaivasvata, vigente na Índia antiga, provavelmente escrito no período entre o século II a.C. ao século II d.C., há uma série de idéias sobre valores, tais como: verdade, justiça e respeito⁴⁰⁰. No entanto, é um Código elitista, porque consiste num amontoado de considerações que visavam à superioridade do pensamento sacerdotal, logo lhe assegurava a posição de comando diante da sociedade. Os sacerdotes ocupavam uma casta superior na hierarquia social. A casta é, no Código de *Manu*, o fator preponderante para determinar o valor da honra e da situação da pessoa dentro do direito⁴⁰¹.

A Grécia Antiga é o período aqui considerado entre os anos 1.000 a 776 a.C. até a morte de Alexandre, o Grande em 323 a.C., seguido do helenismo, que marcou a transição para o domínio e apogeu de Roma, quando em 146 a.C. a Grécia foi feita província romana com o nome de “Acaia”. O povo grego da época desenvolveu profundo debate filosófico, separando o direito dos deuses do direito dos homens, fazendo valer a idéia de que a promulgação e a revogação da lei nada tinham de divino. As principais leis gregas foram a Lei de Drácon (621 a.C.) e a Lei de Sólon (594-3 a.C.).

Sabe-se terem sido redigidos dois códigos de leis em Atenas, no intervalo de trinta anos, o primeiro por Drácon e o segundo por Sólon. O de Drácon foi

³⁹⁸ BÍBLIA, a.C. **Bíblia sagrada**. 8. ed. Aparecida: Editora Santuário, 1978. Gênesis, capítulo 1, versículos 26-27.

³⁹⁹ LEAL, Rogério Gesta. *Op. cit.*, p. 20.

⁴⁰⁰ OLIVEIRA, Adriane Stoll de. **A codificação do direito**. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, nº 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3549>>. Acesso em: 08 jul. 2008. p. 1.

⁴⁰¹ ALTAVILA, Jayme de. **Origem dos direitos dos povos**. 9 ed. São Paulo: Icone, 2001. p. 48-9.

escrito quando era mais forte a luta entre as duas classes, e quando os eupátridas ainda não estavam vencidos. Sólon redigiu o seu no mesmo momento em que a classe inferior o conquistou. Assim as diferenças são grandes entre os dois códigos⁴⁰².

Os historiadores apontam Drácon (660 a 600 a.C.) de Atenas, como o primeiro legislador grego, cujo Código, que recebeu o seu nome, foi escrito a partir do ano de 621 a.C. Drácon codificou leis que anteriormente eram aplicadas de modo discricionário pelos eupátridas (filhos do pai - grupo politicamente dominante - nobres). Como era eupátrida e tinha todos os sentimentos de sua casta, além do que fora instruído no direito religioso, não parece ter feito mais do que passar por escrito antigos costumes, sem nada alterar. Sua primeira lei é esta: “devem-se honrar os deuses e heróis do país, e oferecer-lhes sacrifícios anuais, sem se afastar dos ritos seguidos pelos antepassados”⁴⁰³. Vê-se, portanto, que apesar de instituir o governo das leis, não rompeu a com a tradição religiosa. Recebendo poderes extraordinários para publicar as leis que estavam em elaboração, ordenou os elementos acumulados pelos legisladores anteriores, modificando-as de acordo com as novas idéias. Sua intenção dominante foi combater os abusos da vingança familiar (*vindicta*).

Drácon foi considerado um sanguinário, porque castigava com a morte a maior parte dos crimes, embora tenha esforçado para terminar com as guerras privadas e o conseqüente derramamento de sangue⁴⁰⁴. A Lei de Drácon foi produzida com o intuito de abafar uma revolta popular contra o governo absolutista dos eupátridas. Por isso limitou o direito que possuíam os nobres de fazer justiça com as próprias mãos e, nesse particular, preparou a intervenção imparcial dos tribunais do Estado da atualidade⁴⁰⁵. No entanto, trazia regras tão severas que só serviram para reforçar o sistema de governo vigente. Observa-se nas palavras de Fustel de Coulanges que:

Suas leis pareceram cruéis às gerações seguintes. Com efeito, foram ditadas por uma religião implacável, que via em toda falta uma ofensa à divindade, e em toda ofensa à divindade um crime irremissível. O roubo era punido com a morte, porque era um atentado contra a religião da propriedade. Um curioso artigo que nos foi conservado dessa legislação mostra com qual espírito foi feita. Ela não concedia o direito de demandar em justiça senão aos pais do morto e aos membros de sua *gens*. Por aí vemos quanto a *gens* era ainda poderosa nessa época, pois não permitia que a cidade interviesse oficiosamente em seus

⁴⁰² COULANGES, Fustel de. *Op. cit.*, p. 214.

⁴⁰³ *Idem, ibidem*, p. 214.

⁴⁰⁴ “Dracón impõe leis tão severas na Grécia que o termo ‘draconismo’ é usado até hoje como sinônimo de ‘abuso de poder’” (GAVAZZONI, Aluisio. *Op. cit.*, p. 65).

⁴⁰⁵ BARSA, Enciclopédia. 1969a. *Op. cit.*, p. 226.

negócios, fosse embora para vingá-la. O homem pertencia ainda à família, mais que à cidade⁴⁰⁶.

Mesmo assim sua obra significou um grande progresso. Até então prevalecera no Estado ateniense a interpretação do costume, fácil de ser deformado pela aristocracia detentora de sua interpretação. Depois dele todos conheciam o que as leis estabeleciam. Desse modo, promoveu verdadeira revolução no ideal da legitimação das leis dos homens, separando-as das leis divinas, cujo contexto político faz germinar a base da democracia. Conforme Bruno José Ricci Boaventura sobre este período histórico:

[...] a legitimação da lei deixa de ser o mito burocrático dos deuses que ordenariam do céu as normas que os seres humanos devem seguir na Terra. É neste preciso momento histórico que os homens passam a se auto-ordenar e constroem a legitimação da lei não pela interferência dos deuses ou de outros seres humanos que se concebiam como enviados do céu, mas sim pela decisão de todos, ou pelo menos da maioria concebida a votar⁴⁰⁷.

O legislador deixa de ser a divindade para ser a vontade popular. O governo dos deuses é substituído pelo império das leis. Drácon foi, portanto, um renovador. Sem quebrar a tradição, deu às instituições atenienses progressos consideráveis. Leis acessíveis a todos, sem distinção de classes, um esforço vigoroso para terminar com as lutas privadas, o Estado armado de todos os poderes que perdia o clã, e no clã a possibilidade do indivíduo de opor seu veto às decisões injustas ou demasiado severas. Tais são os resultados de sua obra: contribuiu para a construção da poderosa Atenas dos dias futuros e preparou o caminho para que Sólon pudesse realizar uma reforma que culminaria no advento da democracia⁴⁰⁸.

Sólon (638-558 a.C.) foi indicado para legislador de Atenas porque a opinião pública repudiara completamente a reforma de Drácon. Nas palavras de Fustel de Coulanges:

O Código de Sólon é completamente diferente; vê-se que corresponde a uma grande revolução social. A primeira coisa que se nota é que as leis são as mesmas para todos; não estabelecem distinção entre o eupátrida, o simples homem livre e o teta. Essas palavras nem sequer se encontram em nenhum dos artigos que nos são conservados. Sólon se orgulha em seus versos de haver escrito as mesmas leis para os grandes e para os pequenos⁴⁰⁹.

Procurou organizar a democracia ateniense dividindo o povo em quatro classes políticas, com direito de voto e segundo as condições de ordem econômica: a)

⁴⁰⁶ COULANGES, Fustel de. *Op. cit.*, p. 214.

⁴⁰⁷ BOAVENTURA, Bruno José Ricci. *Op. cit.*, p. 1.

⁴⁰⁸ BARSÁ, Enciclopédia. 1969a. *Op. cit.*, p. 226.

⁴⁰⁹ COULANGES, Fustel de. *Op. cit.*, p. 214.

pentacosiomédinas, os que tinham 500 médinas de renda; b) cavaleiros, com 300 a 500 médinas de renda; c) zeugitas, os que possuíam uma canga de bois ou, no máximo, 200 médinas de renda; e d) tetas, os que não pagavam impostos e possuíam renda inferior a 200 médinas. Nas relações civis havia os livres, os metecos e os escravos. O Senado era formado por elementos das primeiras classes da tribo; posteriormente, Clístenes fê-los sair do voto popular. A Eclésia, assembléia popular onde qualquer cidadão podia fazer uso da palavra, congregava todo o povo. Sólon estabeleceu o direito de testar; aboliu a rigidez das leis de Drácon, dando à legislação ateniense um sentido mais humano; aliviou a miséria do povo com o desagravo que perdoava aos cidadãos mais pobres parte de seus delitos; instituiu ainda o Areópago, conselho supremo para custódia das leis e, sobretudo, dos bons costumes. Este conselho, composto dos mais dignos homens, velava pela educação da mocidade e o comportamento dos cidadãos. Tal saúde de espírito era enriquecida pela cultura física, para o que foram criados três ginásios: a Academia, o Liceu e o Cinosargo. Depois de Sólon, o povo ateniense passa de legislador a juiz. Os magistrados apenas presidem; o povo julga por votação. Com suas leis e outros dispositivos jurídicos, Sólon imprimiu ao direito de Atenas um conteúdo mais humanitário⁴¹⁰.

Costuma-se criticar Sólon como legislador político por ter permitido a interferência da plutocracia (sistema de governo onde predominam as classes ricas) no Estado, em detrimento das classes menos favorecidas; porém, não se pode negar que sua Lei representa um avanço da democracia ateniense, mais tarde aperfeiçoada por Clístenes⁴¹¹.

Comparando com os antigos reis da Mesopotâmia, como *Hammurabi*, Drácon fez a separação das funções do legislador e do julgador, mas não tomou para si a posição de julgador inquestionável, como *Lipit-Ishtar* o fez e como era comum na época. Em suas normas, agiu com imparcialidade na descrição da justiça, e com a distribuição de competências procurou re-equilibrar as forças políticas entre as classes sociais e “conclui sua obra afirmando que se fizesse um grupo obter uma vitória injusta poderia acarretar a ruína de Atenas”⁴¹². Nas palavras de Bruno José Ricci Boaventura:

A separação do legislador da figura do chefe do governo, já vista em Drácon, ganha um ar de independência com a legitimação pelo povo e não mais pela escolha direta do poder. A separação da figura do legislador reafirma esta independência, Sólon originalmente visto como mediador, faz de suas leis não

⁴¹⁰ BARSÁ, Enciclopédia. **Sólon**. V. 13. São Paulo/Rio de Janeiro: *Enciclopaedia Britannica Editores*, Ltda., 1969d. p. 35-6.

⁴¹¹ *Idem*, *ibidem*, p. 63.

⁴¹² BOAVENTURA, Bruno José Ricci. *Op. cit.*, p. 1.

sentenças que determinam de qual lado é a vitória, mas estabelece o ideal da Lei ocidental, esculpindo os valores ponderativos para o equilíbrio das forças antagônicas da tensão dialética do poder⁴¹³.

Em essência, os povos gregos promoveram discussões e reflexões sobre o justo e a justiça, para além do debate sobre as normas. Ademais, desenvolveram o conceito de liberdade, máxima expressão da dignidade humana, fundamentada na idéia da igualdade. Não há dúvidas de que Atenas foi o berço de relevante pensamento político. No entanto, não se imaginava ainda a possibilidade de se gravar um estatuto de direitos oponíveis ao próprio Estado. Desse modo, os direitos humanos da época não tinham respaldo legal, e sem essa garantia, sofriam de certa precariedade na estrutura política, pois que sua obediência ficava a mercê da sabedoria e da virtude dos seus líderes. Porém:

A postura filosófica dos hebreus (cosmovisão) e sua religião monoteísta irrompem uma profunda alteração nas crenças e convicções do mundo antigo: e, considerando sua situação de povo perseguido e discriminado, tem uma singular importância na delimitação do tema “direitos fundamentais da pessoa humana”⁴¹⁴.

O povo grego filosofa sobre a vida humana e suas potencialidades, inscrevendo na sua história uma concepção nova de existência, voltada para um humanismo racional”. Foi esta racionalidade que, conforme Rogério Gesta Leal, permitiu aos povos da Grécia antiga “enfrentar os fatos da vida com discernimento e objetividade, buscando implementar a idéia de liberdade política”. Essa liberdade não é aquela relacionada ao auto-governo, mas ao “hábito de viver de acordo com as leis da cidade, leis estas que louvam a liberdade, colocando-a como condição de cidadania e hombridade”. É fato que os gregos empregavam a tortura como método político de constrangimento e como forma judicial de penalização, mas estas práticas, num cenário de contendas bélicas envolvendo territórios e propriedades, apesar de não se justificarem, podem ser compreendidas. Esse “paradoxo entre filosofia/cultura e práticas políticas” demonstra que “a grande contribuição do povo grego à questão dos direitos humanos se dá mais no âmbito das idéias: de liberdade política, racionalidade, princípios de moralidade universal e dignidade humana”⁴¹⁵. E aí está seu grande legado para a posteridade.

Em determinado momento entre 814 e 729 a.C., surgiu a cidade de Roma, que tempos depois dominaria toda a região. Em idênticas circunstâncias do ocorrido em Atenas, a sociedade romana foi sofrendo transformações. As conquistas populares

⁴¹³ BOAVENTURA, Bruno José Ricci. *Op. cit.*, p. 1.

⁴¹⁴ LEAL, Rogério Gesta. *Op. cit.*, p. 20 (grifo do autor).

⁴¹⁵ *Idem, ibidem*, p. 21;23.

democratizavam e fortaleciam o Estado romano, e culminaram quando o Senado e os patrícios foram obrigados a publicar em 450 a.C., um código de direito civil, conhecido como a Lei das Doze Tábuas. O direito dos homens apartou-se em definitivo do direito divino e tornou-se público e conhecido de todos:

Não é mais aquele canto sagrado e misterioso, que se repetia de idade em idade com piedoso respeito, que somente os sacerdotes escreviam, e que somente os homens das famílias religiosas podiam conhecer. O direito saiu dos rituais e dos livros dos sacerdotes, perdendo seu mistério religioso; é uma língua que todos podem ler e falar. Algo mais grave ainda se manifesta nesses códigos. A natureza da lei, e seu princípio, não são mais os mesmos do período precedente. Antes a lei era decreto da religião; passava por uma revelação feita pelos deuses aos antepassados, ao fundador divino, aos reis sagrados, aos magistrados sacerdotes. Nos novos códigos, pelo contrário, não é mais em nome dos deuses que o legislador fala; os decênviros de Roma receberam o poder do povo; foi também o povo que investiu Sólon do direito de fazer leis. O legislador, portanto, não representa mais a tradição religiosa, mas a vontade popular. A lei doravante tem por princípio o interesse dos homens, e por fundamento o assentimento da maioria⁴¹⁶.

Disso inferem-se duas conseqüências: a) a lei não se apresenta mais como fórmula imutável e indiscutível. A Lei das Doze Tábuas afirma que “o que os sufrágios do povo ordenaram em último lugar, essa é a lei”. Esse texto bem mostra o caráter da revolução que então se deu no direito romano: “a lei não é mais uma tradição sagrada, *mos*; é um simples texto, *lex*; e, como é feita pela vontade dos homens, essa mesma vontade pode modificá-la”; e b) a lei, que antes era parte da religião, e constituía, portanto, patrimônio das famílias sagradas, tornou-se propriedade comum de todos os cidadãos. O plebeu podia invocá-la, e mover ação em justiça. “Quando muito, o patrício de Roma, mais tenaz ou mais astucioso que o eupátrida de Atenas, tentou esconder da multidão as formas do processo, que também não tardaram a ser divulgadas”⁴¹⁷.

Os romanos foram responsáveis pela sedimentação da lei como instrumento maior de regulação social. A Lei das Doze Tábuas foi escrita em meio a uma transformação social e embora feita pelos patrícios, foi a pedido da plebe, e para seu uso⁴¹⁸ sendo considerada, no mundo ocidental, como o primeiro conjunto de leis consagradoras da liberdade, da propriedade e da proteção aos direitos dos cidadãos. Desde então o direito mudou de natureza. Neste cenário, a questão dos direitos humanos passa pelas premissas

⁴¹⁶ COULANGES, Fustel de. *Op. cit.*, p. 211.

⁴¹⁷ *Idem, ibidem*, p. 211-2.

⁴¹⁸ *Ibid*, p. 212.

dos direitos naturais⁴¹⁹ do ser humano, já que a civilização romana pode contar com “ferramentas jurídicas para informar e formar a organização social”. Ademais, “a cultura militarista e pragmática dos romanos serviu aos direitos humanos como forma de exemplo (negativo) do seu desrespeito institucionalizado”. Rogério Gesta Leal, ao tratar do tema pontua que:

[...] desde o modelo escravagista de Roma, passando pela impunidade de setores privilegiados da sociedade - patrícios - e pela discriminação dos plebeus, o direito romano possui sempre um componente de desigualdade, diminuído talvez no *jus civile*, que regula as relações jurídicas entre pessoas de análogo *status* social e político. Os avanços jurídicos e políticos que surgem em Roma, os quais podem aproximar-se de garantias de direitos individuais, são conquistados a duras penas e sob pressão popular, como a luta dos plebeus em busca de uma maior igualdade com a nobreza; a designação dos tribunos da plebe; a conquista de leis que nivelam um pouco as posições sociais - Doze Tábuas e assim por diante⁴²⁰.

Em suma, especificamente sobre os direitos humanos e seu reconhecimento público pela sociedade, o mundo jurídico greco-romano apresenta dois aspectos peculiares: a) não reconheceu os direitos humanos de forma expressa, em decorrência da sua concepção do Estado; e b) traçou os fundamentos do moderno reconhecimento desses direitos por meio da sua doutrina clássica sobre o direito natural.

Significa dizer que, ao menos na teoria, os povos greco-romanos aceitaram a existência de direitos primários e até mesmo secundários dos seres humanos, embora não chegaram a positivizar esses direitos em textos legais. Contudo:

[...] sem esta positivação não existem direitos fundamentais em concreto. Se o Estado não garante positivamente certos direitos ao indivíduo, estes não passam de postulados morais e jusnaturalistas. Além disso, a noção jurídica moderna e plena de direitos do ser humano exige que o indivíduo não possua apenas determinados direitos subjetivos em relação aos seus semelhantes, o que é evidente. Postula ainda tal conceito que o indivíduo possua determinadas exigências jurídicas em relação ao Estado, para não estar, simplesmente, entregue à discricção do poder público. É neste último sentido que hoje se fala em direitos do indivíduo e se reclama sua concretização em base legal. Ora, o mundo greco-romano não conhecia os direitos primordiais como exigências jurídicas positivadas na legislação estatal⁴²¹.

Destacam-se alguns exemplos das teorias relacionadas aos direitos humanos, desenvolvidas pelos filósofos greco-romanos.

⁴¹⁹ Direito natural: teoria que postula a existência de um direito cujo conteúdo é estabelecido pela natureza e não por uma divindade (direito divino) ou pelos seres humanos (direito positivo) e, portanto, é válido em qualquer lugar. “[...] noção de um direito inato do ser humano, oriundo de sua própria natureza e dignidade, anterior a qualquer lei ou estatuto da organização social” (SODER, José. *Op. cit.*, p. 24).

⁴²⁰ LEAL, Rogério Gesta. *Op. cit.*, p. 23.

⁴²¹ SODER, José. *Op. cit.*, p. 16.

O filósofo ateniense Sócrates (469-399 a.C.) “exigiu a obediência ao Estado mesmo no caso de suas leis serem injustas”. Por isso que, fiel aos seus princípios, quando acusado e injustamente condenado à morte, “declinou a oportunidade de evasão e voluntariamente aceitou a pena por respeito ao Estado, bebendo o copo de cicuta sem rebelar-se contra a opressão aberta dos direitos fundamentais do indivíduo”⁴²².

Na mesma linha de idéias segue o seu discípulo Platão (427-347 a.C.), que nos seus diálogos “A República” e “As Leis” considerou a sociedade civil como um organismo de estrutura perfeitamente unitária, subordinando o indivíduo ao todo social. Defendeu que os aspectos da vida humana deveriam ser governados pelo Estado, pois que “todos os seus objetivos, inclusive o bem-estar e a virtude, ele os alcança unicamente através do Estado. Antes, procurar estes objetivos compete ao Estado. Em consequência, é irrestrito o poder do Estado sobre o indivíduo”⁴²³.

O Estado de Aristóteles (384-322 a.C.), apesar de em muitos pontos se distinguir fundamentalmente do de Platão, mantém a concepção básica que não concede ao indivíduo um âmbito de liberdades pessoais. Em suas obras jurídicas “Política”, e “Ética a Nicômaco”, trata do Estado como proveniente, necessariamente, da natureza social do ser humano, formando uma unidade orgânica de muitos entes humanos, figurando como “produto espontâneo da natureza humana, lógica e onticamente anterior, ao ser humano”, ou seja, “os indivíduos não se pertencem a si, mas ao Estado”, porém, as leis que hão de regular esta convivência devem ser a expressão da justiça. Distancia-se de Platão porque exige, em nome da justiça, que todos sejam tratados com igualdade, e que os indivíduos não se lesem mutuamente nos direitos. Mas apesar disso:

[...] não aparece na vida do indivíduo um setor que esteja precedendo ao Estado, um âmbito de direitos nos quais o Estado não possa tocar. A concepção orgânica e teleológica do Estado de Aristóteles colocava o bem comum no primeiro plano da perspectiva, porém de tal forma que o indivíduo ficava despojado dos seus direitos. Em última análise, tanto o Estado de Platão como o de Aristóteles não conhecem um fim transcendental do ser humano. Este vive no Estado, do Estado e para o Estado⁴²⁴.

De modo diverso do que aconteceu na Grécia, Roma não desenvolveu teorias sobre o Estado. O Estado romano caracterizava-se pela organização e pelo equilíbrio das forças sociais internas, mas “os direitos pessoais dos indivíduos não possuíam valor absoluto”. Ao

⁴²² SODER, José. *Op. cit.*, p. 17.

⁴²³ *Idem, ibidem*, p. 18.

⁴²⁴ *Ibid*, p. 19; 20.

contrário, aplicava o conceito de “coisa” a entes humanos, salvo algumas exceções, como, por exemplo, o poder absoluto do *pater familiae* e alguns privilégios concedidos aos cidadãos romanos em decorrência da preponderância de Roma sobre as províncias. Porém, “direitos fundamentais em relação ao Estado, intangíveis para este, não possuíam nem sequer os cidadãos romanos”⁴²⁵.

Vê-se, portanto, que as civilizações antigas não chegaram a formular, em leis positivas, os direitos dos seres humanos para com o Estado, nem conheciam muitos direitos de indivíduo para com o indivíduo, embora não reinasse a pura arbitrariedade, eis que o Estado não reduziu o ser humano a simples “roda da engrenagem coletiva”. Os antigos não reconheceram, na prática, os direitos dos indivíduos, mas apesar disso, porém, viviam relativamente bem, sendo que a prática de exploração do Estado não era constante, embora existente. Esta realidade se deve, na Grécia, ao alto nível de cultura e às teorias sobre o direito natural, e em Roma às normas constitucionais que regiam o Estado no tempo da República e a organização da jurisprudência⁴²⁶.

É importante ressaltar que o não-reconhecimento greco-romano dos direitos humanos não impediu que seus filósofos construíssem verdadeiras bases de liberdades fundamentais por meio do desenvolvimento doutrinário sobre o direito natural. Mesmo assim, não conseguiu evoluir a ponto de transformar seus postulados em correspondentes princípios de organização política.

Verificam-se dois paradoxos: o primeiro deles decorre da discordância entre a teoria e a prática que vai se repetir durante todo o percurso da história do direito, e sobrevivendo ao tempo, chega à atualidade: na teoria os direitos humanos são reconhecidos, chegam mesmo a serem proclamados, mas na prática ocorre uma desorganização estatal que impede sua real concretização; o segundo está na discrepância vivenciada pelos gregos e que reflete na sociedade romana entre a concepção excessivamente teórica do direito natural e a teoria do poder irrestrito do Estado sobre os indivíduos. Faltou a noção plena da dignidade e do valor da pessoa humana, que só veio a ser desenvolvida com o cristianismo⁴²⁷.

⁴²⁵ SODER, José. *Op. cit.*, p. 22.

⁴²⁶ *Idem, ibidem*, p. 23.

⁴²⁷ Jesus Cristo nasceu na Galiléia, no ano 1 d.C, e pregou o amor e o monoteísmo (crença em um só Deus).

A religião cristã, que prega o amor e o monoteísmo, cuja criação é atribuída a Jesus Cristo, foi idealizada no século I, na região da atual Palestina. Conforme José Soder, “a compreensão para os direitos do ser humano surgiu, na organização política, após o aparecimento do cristianismo”, explicando que:

[...] o reconhecimento dos direitos do ser humano, medrou em solo cristão. O fator primordial que, em evolução lenta, porém segura, levou à eclosão das modernas declarações dos direitos, foi o cristianismo com sua concepção transcendental da dignidade humana. Esta noção cristã do ser humano descerra um panorama velado para a antiguidade. Constitui, entretanto, a grande mola que acionou toda a evolução jurídica no sentido de uma centralização sempre maior em torno do ser humano, reconhecido em seu valor inalienável de pessoa⁴²⁸.

O cristianismo e os estudos filosóficos da época tiveram fortes influências na passagem da concepção do “ser humano” como um animal político, cujo ser era a cidadania ou o fato de pertencer ao Estado, e que estava em íntima conexão com o cosmos e a totalidade do mundo natural, à concepção de “pessoa humana”, como sujeito que possui valor em si mesmo, detentor de direitos fundamentais e, especialmente, dignidade.

Dois são os aspectos fundamentais do cristianismo para a evolução dos direitos humanos: a dignidade da pessoa humana e a fraternidade universal. O cristianismo concebe o indivíduo como pessoa dotada de dignidade excepcional:

[...] possui uma alma espiritual imperecível e uma finalidade eterna, a ser realizada na ressurreição dos corpos e na visão beatífica de Deus. A pessoa humana é não apenas criatura, mas também filho e imagem de Deus, sendo Jesus Cristo o filho unigênito do Pai, o primeiro entre muitos irmãos⁴²⁹.

Para o cristianismo, todos os seres humanos “não apenas são iguais entre si, destinados à mesma felicidade eterna”, mas também “são irmãos entre si, por serem todos filhos do mesmo Pai celeste”. A noção cristã da dignidade humana abrange, também, as relações dos indivíduos entre si. Veja-se: “não há mais Judeu nem Grego, já não há mais nem escravo nem homem livre, já não há mais o homem e a mulher, pois todos vós sois um só em Jesus Cristo”⁴³⁰.

Considerando o conceito de ser humano da doutrina cristã, pode-se dizer que nenhuma das civilizações antigas concebeu semelhante idéia de dignidade humana. A fraternidade universal é tão importante para o cristianismo que Jesus Cristo fez dela o centro de sua religião. Conforme José Soder:

⁴²⁸ SODER, José. *Op. cit.*, p. 27.

⁴²⁹ *Idem, ibidem*, p. 28.

⁴³⁰ BÍBLIA, a.C. *Op. cit.*, Gálatas, capítulo 3, versículo 28.

O mandamento típico de Jesus Cristo é o mandamento do amor ao próximo. A lei da caridade universal é tão fundamental no conceito de Jesus Cristo, que a equipara à lei máxima do amor a Deus. Mais ainda, através da fraternidade universal, através das obras de amor ao próximo, deve-se realizar, segundo a vontade de Jesus Cristo, o amor a Deus, dependendo destas obras o destino eterno do ser humano. Tão universal e tão perfeita há de ser esta caridade, que ela inclua mesmo os inimigos, a exemplo do amor que neste mundo o próprio Deus tem para com os homens maus⁴³¹.

Esta concepção cristã de que a dignidade do ser humano e a fraternidade universal constituem lei máxima da religião faz supor “uma influência extraordinária no desenvolvimento e no reconhecimento dos direitos dos indivíduos, tanto por parte do Estado como da sociedade em geral. Para os cristãos, o Estado não poderia constituir a entidade absoluta do mundo greco-romano, pois que “valor absoluto possui apenas a pessoa humana”. Na síntese de José Soder:

A concepção cristã do Estado e do direito expressa, de maneira insofismável, os princípios que contêm em gérmen os direitos do homem. Um estudo acurado nas bases constitucionais do Estado cristão mostraria a presença da maioria daqueles princípios que a época moderna formulou em solenes declarações de direitos⁴³².

No ano de 392 d.C., o cristianismo se organiza na “religião católica” e é transformado na religião oficial do Império Romano. A Igreja, dominando o cenário religioso, transformou-se na instituição mais poderosa da sociedade medieval⁴³³. Foi com os fundamentos da dignidade da pessoa humana e da fraternidade universal, pilares da doutrina cristã, que a teoria dos direitos humanos seguiu seu curso adentrando na Idade Média.

Em termos atuais, não se pode afirmar que as civilizações antigas chegaram a conhecer um direito internacional dos direitos humanos. A existência “de um direito internacional resumia-se, quando muito, na relação entre as cidades vizinhas, de língua comum, mesma religião e mesma raça”. Para além dessas especialíssimas situações, em princípio, “não havia entre os povos ou nações uma regulação normativa, ou seja, o direito internacional no sentido específico do termo, pois não havia o reconhecimento de igualdade jurídica”. Desse modo, o direito internacional dos direitos humanos é “produto da solidariedade humana, da interdependência dos Estados”, incompatível com o mundo

⁴³¹ SODER, José. *Op. cit.*, p. 28.

⁴³² *Idem, ibidem*, p. 33.

⁴³³ COULANGES, Fustel de. *Op. cit.*, p. 158; 264.

antigo, onde não se reconheciam direitos aos inimigos e imperava a concepção autárquica do Estado⁴³⁴.

As bases teórico-científicas de um direito internacional foram construídas apenas no século XVII, resultado de uma série de fatores religiosos, políticos, econômicos e sociais da Idade Média.

2.2 DIREITOS HUMANOS NA IDADE MÉDIA

A Idade Média foi um período intermédio entre a Idade Antiga e a Idade Moderna, tradicionalmente delimitado com ênfase em eventos políticos. Nesses termos, ele teria se iniciado com a desintegração do Império Romano do Ocidente, no século V (476 d. C.), e terminado com o fim do Império Romano do Oriente, com a Queda de Constantinopla, no século XV (1453 d.C.). A Idade Média caracteriza-se pela união entre Estado e Igreja, decorrente da transformação do cristianismo como religião oficial do Império Romano. Constituíram-se um poder temporal supremo no Imperador e um poder espiritual supremo no Papa.

No que tange aos direitos humanos, o cristianismo, de forma mais ou menos intensa, altera o enfoque filosófico e social, pois que “os princípios de igualdade e fraternidade preconizados pela doutrina cristã representam um momento de ruptura com o modelo de sociedade até então existente”. Com sua mensagem universalmente compreendida, o cristianismo “representa um código de posturas e condutas humanas que priorizam direitos fundamentais, num nível de abstração que os generaliza sem discriminações sociais”⁴³⁵.

⁴³⁴ MIGUEL, Alexandre. **A Constituição brasileira e os tratados internacionais de direitos humanos**. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 14, nº 55, abr./jun. de 2006, p. 286-326. Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional - IBDC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 289 (grifos do autor).

⁴³⁵ LEAL, Rogério Gesta. *Op. cit.*, p. 24.

José Soder atenta para duas objeções que em princípio negariam a existência dos direitos humanos no pensamento e na prática do cristianismo medieval: o reconhecimento da instituição da escravatura e a falta de liberdade religiosa⁴³⁶.

Sobre a escravidão, lembre-se que a economia das sociedades antigas baseava-se na mão-de-obra escrava. O cristianismo não combateu diretamente a instituição social da escravidão, tampouco a aprovou, porque não foi um movimento social, mas religioso. Apenas, “dentro dos moldes da sua ética, se pronunciou com vigor contra os abusos”. Se não combateu a escravatura porque esta não se apresentava, na concepção da época, contrária ao direito natural, apresentou uma solução para o problema concreto dos escravos:

O cristianismo acentuou a igualdade de todos perante Deus, perdendo, com isso, a escravatura, o fundamento da sua discriminação. Escravos e livres são iguais perante Deus. Servem unicamente a Deus em tudo o que fazem. O escravo, na realidade, não obedece ao senhor quando se curva às ordens deste, mas obedece unicamente a Deus. Na concepção cristã, toda obediência é unicamente obediência a Deus. [...]. Efetivamente, nas comunidades cristãs primitivas e nas posteriores, escravos e senhores conviviam pacificamente, aparecendo, nas reuniões de culto, em pé de igualdade. Isto era possível dado o preceito cristão da caridade ilimitada. Esta mandava considerar e tratar a todos como verdadeiros irmãos. [...] a escravatura era relegada ao plano de formalidade na organização social. Os ensinamentos cristãos sobre a igualdade de todos os homens deram, assim, golpe mortal à escravidão. Porém mudar a estrutura econômica e social do mundo não era tarefa do cristianismo como religião. O efeito prático destas doutrinas seria a cristianização paulatina das instituições sociais. [...] Tolher toda liberdade, maltratar e castigar injustamente, condenar sem motivo a trabalhos forçados, são violações flagrantes do princípio geral de direito natural que manda respeitar a dignidade humana. A escravatura como domesticidade por toda a vida ou por grande parte dela, respeitada a dignidade do ser humano, não constitui, necessariamente, atentado contra algum princípio primário do direito natural⁴³⁷.

Lembre-se que o conceito de “escravidão” da época se relaciona com o conceito de vínculo entre “patrões” e “empregados”. O escravo antigo estava sujeito ao senhorio como a mulher ao marido, o filho ao pai. Recebia o tratamento que naqueles tempos cabia aos membros não emancipados da família, ou seja, os maus tratos que a fantasia popular une ao conceito de escravatura não passavam de abusos que não eram inerentes à instituição. Em essência, o cristianismo exigia que fossem reconhecidos aos escravos os direitos fundamentais, que fossem tratados com humanidade, proscrevendo abusos, sem condenar a instituição como tal.

⁴³⁶ SODER, José. *Op. cit.*, p. 33.

⁴³⁷ *Idem, ibidem*, p. 34;35-36;37.

Em relação à objeção da falta de liberdade religiosa e dos métodos brutais de repressão dos hereges (não-cristãos), mormente por meio do instituto da inquisição, nos países cristãos durante a Idade Média, situação que se estendeu na renascença, há que se ressaltar que:

A inquisição não foi, simplesmente, uma intromissão indevida na liberdade religiosa dos cidadãos. Pode o Estado, de acordo com a Igreja, com a qual na Idade Média estava unido, estabelecer crimes, leis penais e processos criminais para a defesa da ordem social vigente. Esta, na Idade Média, estribava-se na religião cristã, que todos professavam. Estabelecer a heresia como crime não constituía, vistas as circunstâncias, violação da liberdade de consciência. Os hereges, naquele tempo, eram realmente criminosos, não por dissentirem, internamente, da religião vigente, mas porque se tornavam perturbadores da ordem pública e social. Seu procedimento era anti-social, como aparece em diversos movimentos heréticos. Os cátaros e os albigenses do sul da França eram anarquistas. Muitas heresias desembocavam logo em revoluções sangrentas e ferozes guerras civis. Os hussitas propagavam verdadeira anarquia, porquanto diziam que a pessoa, que tivesse pecado grave, não podia exercer cargo público, ter propriedade e o mais⁴³⁸.

Levadas em consideração, essas circunstâncias indicam que os processos inquisitoriais não se traduziram, nos moldes do Estado-Cristão medieval, em mera intolerância religiosa:

O Estado que estabelecia a heresia pública como crime não ultrapassava, em matéria de poder civil, os limites estabelecidos pelo direito natural. Proibir a propaganda de idéias religiosas subversivas ao bem comum não constitui violação das liberdades fundamentais. O que com razão se deve condenar em matéria de perseguição aos hereges e processos inquisitoriais são os abusos que houve, tanto por parte do poder estatal como dos órgãos encarregados de inquirir⁴³⁹.

Conclui-se, portanto, que a repressão da heresia e dos processos inquisitórios não representaram violação aos direitos fundamentais na forma como uma intolerância religiosa faria supor nos tempos atuais.

Outro fator importante à caracterização dos direitos humanos na forma concebida na Idade Média foi a construção do direito de resistência ao poder público. Nas palavras de José Soder:

A concepção jusnaturalista [direito natural] do Estado medieval, abrangendo o reconhecimento dos direitos dos indivíduos, aparece, em luz fulgurante, no direito de resistência ao poder público, que a Idade Média outorga aos súditos para o caso em que o Estado menospreze o Direito. Este direito de resistência, reconhecido e praticado nos Estados cristãos medievais, traduz, insofismavelmente, a convicção de súditos e soberanos, de que existe um direito acima do Estado e que o indivíduo não está, simplesmente, à mercê dos poderes

⁴³⁸ SODER, José. *Op. cit.*, p. 42.

⁴³⁹ *Idem, ibidem*, p. 42.

públicos. Mais ainda, denota a convicção reinante de que a autoridade estatal continua responsável perante a comunidade. O antípoda nas relações Estado-indivíduo do que observamos no mundo greco-romano. Era convicção geral na Idade Média de que “soberano”, no sentido jurídico da palavra, era apenas Deus e o direito. Todos os mais se consideravam, necessariamente, vinculados a estas duas instâncias soberanas. Decorre esta concepção do conceito de Estado próprio do cristianismo. Para este o poder tem fonte dupla: o soberano estatal recebe seu mandato de Deus e do povo⁴⁴⁰.

A concepção medieval de Estado limitava o poder do soberano ao direito natural e ao direito consuetudinário, acepção corroborada pela noção cristã de Estado, cuja finalidade é realizar a ordem jurídica divino-natural, sendo que a esse objetivo deveria ser subordinado o soberano no exercício de seu poder.

Para canalizar a resistência ativa aos poderes do Estado, surgiu, por volta do século XIII, a noção de um juiz (príncipes do império) acima do rei. A par disso, emergiu a necessidade da positivação legal do direito de resistência, ou seja, de um documento escrito que impusesse, de um lado, determinadas obrigações ao soberano no exercício de suas atividades, de outro, a garantia de certos direitos e liberdades dos súditos através de um documento assinado pelo rei.

Esse processo, embora de mera positivação legal formalizada do direito de resistência até então realizado por meio do direito consuetudinário ou da convicção jurídica com base no direito natural, deu início a uma prática jurídica que desencadeará a moderna tutela constitucional dos direitos humanos. A prática da transformação da tradição costumeira do direito de resistência ao poder estatal em documentos jurídicos se estendeu por diversos países medievais, sendo a *Magna Charta Libertatum*⁴⁴¹, o documento medieval normalmente citado como o de maior destaque no que diz respeito aos direitos humanos, devido à influência que posteriormente exerceu no direito constitucional moderno e no reconhecimento dos direitos humanos.

A *Magna Charta Libertatum*, conhecida como “Magna Carta” ou “Carta Magna”, foi outorgada em Runnimead, na Inglaterra, pelo rei “João Sem Terra”, em 15 de junho de

⁴⁴⁰ SODER, José. *Op. cit.*, p. 44-5 (grifo do autor).

⁴⁴¹ “Temos resolvido e prometido ante Deus, confirmando a presente Carta perpetuamente, e para nossos sucessores, que a Igreja da Inglaterra seja livre e goze de seus direitos em toda sua integridade, permanecendo ilesas suas liberdades, de modo que resulte a liberdade nas eleições como a mais indispensável e necessária para a sobredita Igreja da Inglaterra. Por esta razão, assim o temos concedido e confirmado por nossas simples e espontânea vontade, antes de nossas discórdias com nossos Barões, e obtivemos a devida confirmação do Sumo Pontífice Inocêncio III, obrigando-nos à sua observância, e desejando que nossos herdeiros a guardem e cumpram perpetuamente e com boa fé” (INGLATERRA, Constituição (1215). **Magna Carta, outorgada pelo rei João Sem Terra, em Runnymede, perto de Windsor, no ano de 1215.** Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/magna.htm>>. Acesso em: 10 jul. 2008).

1215 e tornada definitiva em 1225. Trata-se de um pacto entre o rei e seus vinte e cinco barões, considerada uma verdadeira declaração de direitos, reconhecida como o primeiro capítulo histórico-legislativo de um longo processo que levaria ao surgimento do constitucionalismo. Sobre o tema, Dalmo de Abreu Dallari lembra que:

O documento que a maioria dos autores considera o antecedente direto mais remoto, das declarações de direitos, é a Constituição da Inglaterra de 1215. Na realidade não se pode dizer que as normas da Constituição constituam uma afirmação de caráter universal de direitos inerentes à pessoa e oponíveis a qualquer governo. O que ela consagrou, de fato, foram os direitos dos barões e prelados ingleses, restringindo o poder absoluto do monarca⁴⁴².

Entretanto, esclarece o citado jurista que:

Essa afirmação de direitos, feita em caráter geral e obrigando o rei da Inglaterra no seu relacionamento com os súditos, representou um avanço, tendo fixado alguns princípios que iriam ganhar amplo desenvolvimento, obtendo a consagração universal. Assim, por exemplo, o artigo 39 da Constituição inglesa, considerada um dos mais expressivos em termos de afirmação geral de direitos, dispunha o seguinte: “nenhum ser humano livre poderá ser detido ou mantido preso, privado de seus bens, posto fora da lei ou banido, ou de qualquer maneira molestado, e não procederemos contra ele e nem o faremos vir, a menos que por julgamento legítimo de seus pares e pela lei da terra”. E na própria Inglaterra, no século XVII, ocorreriam várias reafirmações de direitos, sempre em detrimento do monarca e a favor de seus súditos, mas através de preceitos gerais, que iriam servir de exemplo e estímulo para a criação de uma concepção geral de direitos fundamentais, invioláveis pelo governo ou mesmo pela própria lei⁴⁴³.

Segundo Pietro de Jesús Lora Alarcón a *Magna Charta Libertatum* “representou um passo decisivo para inibir o poder do Estado e favorecer um relacionamento mais equilibrado entre o ser humano e o monarca”⁴⁴⁴. Na consideração do citado autor:

Advirta-se que, mesmo sem consistir em um instrumento não oponível a todos os Estados, é forçoso reconhecê-lo, sim, como um marco na história da proteção da vida humana. A Carta Magna [...] anuncia o princípio da liberdade humana expressando que “nenhum homem será preso ou detido em prisão ou privado de suas terras ou posto fora da lei ou banido ou de qualquer maneira molestado; e não procederemos contra ele, nem o faremos vir a menos que por julgamento legítimo de seus pares e pela lei da terra”⁴⁴⁵.

Na identificação de Alexandre de Moraes, dentre outras garantias a *Magna Charta Libertatum*, previu: a) a liberdade da Igreja da Inglaterra, restrições tributárias, proporcionalidade entre delito e sanção; b) o princípio da justiça pública; c) a previsão do

⁴⁴² DALLARI, Dalmo de Abreu. 1993. *Op. cit.*, p. 174.

⁴⁴³ *Idem, ibidem*, p. 174-5.

⁴⁴⁴ ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Patrimônio genético humano**: e sua proteção na Constituição Federal de 1988. São Paulo: Método, 2004b. p. 69.

⁴⁴⁵ *Idem, ibidem*, p. 69 (grifo do autor).

devido processo legal; d) o livre acesso à Justiça; e e) a liberdade de locomoção e livre entrada e saída do país⁴⁴⁶.

De acordo com José Soder, a referida Carta Magna “garantia as liberdades da nobreza e da Igreja, direito de resistência ao abuso da autoridade régia, o direito individual à liberdade e à posse”, porém, enfatiza que:

A grande novidade foi a instituição de uma autoridade para controlar o cumprimento dessas obrigações por parte do rei, tendo o poder de empregar meios repressivos. Não se tratava de sentença de deposição contra o monarca. A pessoa e os direitos deste não eram atingidos. Instituir-se-ia, apenas, um governo provisório que coagisse o rei a retornar ao caminho do direito. Posteriormente criou-se na Inglaterra o Parlamento com as funções daquele comitê de resistência. Existia, desta forma, um instrumento legal para garantir as liberdades dos súditos e o respeito ao direito por parte do monarca. Criava-se um poderoso meio preventivo contra o absolutismo e a violação dos direitos e das liberdades fundamentais. Com isso estava dado o primeiro grande passo para a monarquia constitucional e para a moderna evolução do controle do poder em base legal⁴⁴⁷.

Esses princípios aparecem também em outros documentos da época a exemplo da *Bula Aurea* de André II da Hungria, datada de 1222 e esteve em vigor até 1687, que determinava em seu artigo 31 que, “em caso de violação das suas disposições por parte do rei, os súditos teriam o direito de resistir e contradizer, sem que tal atitude fosse considerada como infidelidade. Trata-se, pois, de uma garantia constitucional de caráter realmente revolucionário. Princípios semelhantes existiam no reino de Aragão, especialmente com a proclamação dos “Privilégios Gerais” por Pedro III, em 1283⁴⁴⁸.

Em suma, até o advento da Idade Moderna e seus teóricos políticos, as noções dos direitos humanos limitavam-se ao contexto peculiar da Idade Média, marcada pela transição do poder das mãos centralizadoras do Rei para a burguesia. Disso infere-se que “as prerrogativas sociais existentes são os privilégios conquistados por uma pequena parcela da população: direito de propriedade, de livre empresa, de comerciar, entre outros”. Nesta realidade, os conceitos de liberdade e de igualdade são forjados, buscando contemplar os interesses políticos e econômicos do período⁴⁴⁹.

Margarida Genevois informa que no âmbito doutrinário, no final da Idade Média, São Tomás de Aquino (1225-1274) discute diretamente a questão dos direitos humanos, retomando a teoria de Aristóteles e dando, à sua filosofia, uma visão cristã. Explica que “a

⁴⁴⁶ MORAES, Alexandre de. 1998. *Op. cit.*, p. 25-6.

⁴⁴⁷ SODER, José. *Op. cit.*, p. 51.

⁴⁴⁸ *Idem, ibidem*, p. 51.

⁴⁴⁹ LEAL, Rogério Gesta. *Op. cit.*, p. 31.

fundamentação de São Thomás de Aquino é teológica: o ser humano tem direitos naturais que fazem parte de sua natureza, pois lhe foram dados por Deus. A partir disso desenvolve toda uma linha teórica e política”. No entanto, pontua que a utilização deste conceito no decorrer da história foi ambígua:

[...] chegando a firmar-se e aceitar-se na prática que o direito dos reis era um direito natural de origem divina que justificava o absolutismo. Um caminho aberto para toda espécie de violências, e em última análise, até para a negação dos direitos humanos. O poder armado, o poder econômico e os proprietários de terras não respeitavam aqueles que não desfrutavam destes privilégios. Não existia o mínimo respeito pela pessoa humana. Um grande número de seres humanos viviam à margem, e eram explorados de todas as maneiras. Foram os burgueses, associados aos pensadores liberais, quem levantaram modernamente a liberdade como um valor. Cessadas as invasões dos bárbaros e conseqüentemente, afastados os grandes riscos, a proteção dos senhores feudais se tornou dispensável e as pessoas começam a voltar para as cidades. Os burgos começam a se desenvolverem. A burguesia, paulatinamente enriquece-se e fortifica-se, mas ainda é mantida marginalizada do poder político o que reivindica para defender os seus poderes pessoais e o seu patrimônio. A época do Iluminismo e dos enciclopedistas revoluciona as idéias tradicionais da Idade Média, afirmando a dignidade humana e a fé na razão. Vigora a idéia de que o homem é concebido como detentor de direitos sagrados e inalienáveis. E o governo não pode prescindir da vontade dos cidadãos. Rousseau desenvolveu a teoria da igualdade natural entre os homens. Voltaire insistiu na tolerância religiosa e na liberdade de expressão, pois a religião já não podia explicar tudo⁴⁵⁰.

Ressalta que o crescimento político da burguesia fortaleceu sobremaneira o crescimento dos direitos humanos, como se extrai da imposição, pelos bispos e barões, da Carta Magna ao rei inglês João Sem Terra, “que limita o poder do soberano”.

Não restam dúvidas, destarte, que os documentos legais escritos na Idade Média constituem o início de um desenvolvimento que levaria, no decorrer dos séculos, ao moderno direito constitucional. Do mesmo passo são as primeiras manifestações de um direito escrito com limitações do poder do soberano e reconhecimento de direitos intangíveis dos súditos. O reconhecimento de direitos intangíveis dos indivíduos “faz deles os primeiros marcos miliários na evolução que levou ao reconhecimento legal dos direitos do homem por parte do Estado e à garantia destes direitos em forma constitucional escrita”⁴⁵¹. Mas antes que tal objetivo se concretizasse, diversos outros fatores influenciaram na evolução geral para as liberdades fundamentais.

⁴⁵⁰ GENEVOIS, Margarida. **Direitos humanos na história**. In: *DHnet*, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/margarid.htm>>. Acesso em: 10 jul 2008. p. 1.

⁴⁵¹ SODER, José. *Op. cit.*, p. 52.

2.3 DIREITOS HUMANOS NA IDADE MODERNA

Depois da Carta Magna de 1215, agora na Idade Moderna, muitos outros documentos legais foram editados, como, por exemplo:

- a) os Projetos de Concórdia subscritos na Espanha entre 1413 e 1468;
- b) a *Petition of Rights*⁴⁵², elaborada na Inglaterra por Lord Edward Coke, em 1628 e dirigida ao monarca - documento pelo qual os membros do Parlamento inglês peticionaram o reconhecimento de diversos direitos e liberdades para os súditos;
- c) a Lei de *Habeas Corpus* (*Habeas Corpus Amendment Act*), de 1679⁴⁵³, que reforçou as reivindicações de liberdade da *Petition of Rights*, traduzindo-se numa sólida garantia da liberdade individual, pois que suprimiu as prisões arbitrárias;
- d) a Declaração dos Direitos *Bill of Rights* de 1689⁴⁵⁴, que decorreu da Revolução Gloriosa que aconteceu na Inglaterra entre 1688 e 1689, que levou ao poder político, por meio do Parlamento, os aliados burgueses e os grandes proprietários rurais (latifundiários). Esta nova aristocracia promoveu a Declaração dos Direitos *Bill of Rights* para garantir a expansão da agricultura moderna, o desenvolvimento do livre comércio e a ampliação da oferta de mão-de-obra para as nascentes manufaturas e indústrias. Essa declaração de direitos pôs fim aos conflitos entre a Coroa e o Parlamento, fazendo surgir a monarquia constitucional submetida à soberania popular, bem como limitou o poder do rei pelo poder do Parlamento;
- e) o *Act of Settlement* (ato de fundação), de 1701, que reafirmou a limitação do poder real, passando o monarca a ser obrigado a ter o consentimento do parlamento para declarar guerra e destituir magistrados, completando, desse modo, o conjunto de limitações ao poder monárquico inglês do período;

⁴⁵² DIREITO INTERNACIONAL, Legislação. **Petição de direitos, de 1628**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/pet1628.htm>>. Acesso em: 10 jul. 2008.

⁴⁵³ DIREITO INTERNACIONAL, Legislação. **Lei de Habeas Corpus, de 1679**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hc1679.htm>>. Acesso em: 10 jul. 2008.

⁴⁵⁴ DIREITO INTERNACIONAL, Legislação. **Declaração de Direitos, de 1689 - Bill of Rights**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/decbill.htm>>. Acesso em: 10 jul. 2008.

f) a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 12 de junho de 1776⁴⁵⁵;

g) a Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 04 de julho de 1776⁴⁵⁶, conhecida como “Declaração da Filadélfia”; e

h) a Constituição dos Estados Unidos da América, promulgada em 17 de setembro de 1787.

Esses documentos medievais consagraram, dentre outros direitos, a liberdade de expressão, a eleição livre ao Parlamento, a proibição de exigir fiança excessiva e infligir punições cruéis e sem precedentes, dentre outras questões⁴⁵⁷. Destacam-se, pela influência sobre a internacionalização dos direitos humanos: a Declaração dos Direitos *Bill of Rights* da Inglaterra e a Declaração de Independência dos Estados Unidos.

Recorde-se que a Idade Moderna é um período específico da História do Ocidente. Ela se destaca das demais por ter sido um período de transição por excelência. Tradicionalmente, aceita-se o ano de 1453 como sendo o ano de início, na forma estabelecida pelos historiadores franceses, quando ocorreu a tomada de Constantinopla pelos turcos otomanos, e o seu término com a Revolução Francesa, em 1789.

Durante a Baixa Idade Média (século XII ao século XV) e o início da Idade Moderna (meados do século XV e início do século XVI), toda a Europa passou por uma série de transformações sociais, religiosas, econômicas e políticas, que caracterizam a transição feudo-capitalista e o surgimento de novas religiões cristãs, e que levaram a sociedade a questionar não apenas a união entre Estado e Igreja e seu poder desmedido, como, também, o comportamento do clero e da doutrina da Igreja Católica. Esse período foi marcado por diversas manifestações contrárias ao monopólio da Igreja Católica sobre a religiosidade e contra as heresias medievais, enfim, ao comportamento imoral do clero, situação que desencadeou numa “reforma religiosa” responsável pela quebra do monopólio da Igreja Católica sobre o mundo cristão ocidental.

⁴⁵⁵ DIREITO INTERNACIONAL, Legislação. **Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, 12 de junho de 1776**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1776.htm>>. Acesso em: 10 jul. 2008.

⁴⁵⁶ DIREITO INTERNACIONAL, Legislação. **Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de julho de 1776**. Disponível em: <[http://www.infopedia.pt/\\$declaracao-de-independencia-dos-estados](http://www.infopedia.pt/$declaracao-de-independencia-dos-estados)>. Acesso em: 10 jul. 2008.

⁴⁵⁷ ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. 2004b. *Op. cit.*, p. 70.

O principal motivo dessa reforma religiosa, que aconteceu no século XVI, foi o descontentamento em relação à conduta do clero, que fez surgir novas religiões cristãs, abalando a supremacia espiritual e política da Igreja. É que muitos dos representantes da Igreja cristã então dominante, a Igreja Católica, aproveitavam-se de seus cargos e do conceito de representantes de Deus na Terra - eis que atuavam como intercessores dos indivíduos perante Deus -, para abusar dos seus privilégios, enriquecer e ingressar em cargos públicos e na política. A sociedade começou a perceber que as autoridades clericais pregavam o que eles próprios não praticavam. Essa má conduta do clero estimulou o surgimento de novas correntes religiosas cristãs, que desencadeou a divisão da religião católica. Outro motivo também importante foi a formação das monarquias nacionais, cujos monarcas tinham a doutrina cristã como entrave ao progresso econômico. Se no passado a Igreja possuía muitas propriedades em vários países, pagando muitos impostos a Roma, com a queda do Império Romano as monarquias começaram a se desenvolver, fazendo surgir uma nova consciência nacional, que acabou por colocar o rei em situação oposta à Igreja.

Esses acontecimentos foram: a transição feudo-capitalista, a reforma religiosa provocada pelo surgimento de novas religiões cristãs e o fracionamento da unidade religiosa, que fizeram germinar o que hoje se conhece por “direito internacional”. Nas palavras de Alexandre Miguel:

[...] a criação do direito internacional dependeu de duas premissas básicas, que a Idade Média antes da reforma religiosa e a antiguidade não ostentavam: “a existência de um conjunto de países, de um lado, e, de outro, o respeito mútuo desses países baseado em cultura comum. À antiguidade faltava a segunda premissa: um povo que se considerava o único ‘escolhido’, um povo que enxergava em todos os outros ‘bárbaros’ e um povo que reivindicava para si a soberania do mundo não poderiam conceder a outro a igualdade de direitos prevista pelo direito internacional. Na Idade Média faltava, por outro lado, a primeira premissa. Enquanto a idéia de um império universal sob a diarquia de imperador e papa dominava o pensamento político, não conseguiria vingar a idéia de um direito supranacional. A necessidade de um direito somente pôde encontrado no conceito de soberania a fórmula jurídica para a independência do império há muito obtida de fato pelas nações não alemãs, especialmente a França”⁴⁵⁸.

Contudo, o reconhecimento da existência de direitos inerentes à pessoa humana só aconteceu no século XVIII, conhecido como “o século das declarações de direitos”, influenciado por diversos fatores que, conjugados, levaram à sua consagração, sendo que

⁴⁵⁸ MIGUEL, Alexandre. *Op. cit.*, p. 288 (grifos do autor).

pela própria circunstância de se atribuir às declarações de direitos uma autoridade que não depende de processos legais, verifica-se que na sua base está a crença em um direito natural, que nasce com o ser humano e é inseparável da natureza humana⁴⁵⁹.

Ressalte-se, contudo, que o jusnaturalismo do século XVII, que levou às declarações de direitos no século seguinte, “já não se apoiava na crença em duas verdades, uma revelada e outra conquistada pela razão, como ocorria com os jusnaturalistas medievais”⁴⁶⁰.

Os conceitos teóricos do moderno direito natural, bem como do “direito das gentes” ou “direito internacional”, são atribuídos ao filósofo holandês Hugo Grócio, em sua clássica obra *de jure belli ac pacis*, surgida em 1625, por meio da qual veio a ser considerado o “pai do direito internacional”, como também do direito natural⁴⁶¹.

Para Hugo Grócio, o direito natural “poderia ser concebido mesmo que não houvesse Deus, procurando com isso afirmar o seu caráter puramente racional”. Para ele o direito natural era “a qualidade moral que tornava justo e certo que um homem fizesse ou tivesse algo”⁴⁶².

A grande façanha de Hugo Grócio, na verificação de Alexandre Miguel, foi a de ter feito uma clara diferenciação entre o direito natural e o direito positivo, proeza que os povos antigos, embora às vezes lograssem referência vaga entre a lei escrita e não escrita, nunca conseguiram atingi-la com maior precisão. É que:

[...] a Igreja e o Império Romano haviam exercido uma espécie de hegemonia sobre os Estados singulares. Ao tempo, estas “autoridades” foram perdendo grande parte de sua influência política: o sonho de um Império ou de uma Igreja como poder político universal havia-se acabado, sendo preciso encontrar outros princípios para determinar as relações jurídicas entre os Estados autônomos e soberanos dentro de suas fronteiras e juridicamente iguais entre si⁴⁶³.

Foi Hugo Grócio que, no âmbito doutrinário, “teve o mérito de encontrar para o direito um fundamento independente da revelação divina”, distinguindo “o direito do dogma eclesiástico e o colocou onde se poderia verificar, sem conflito, a união das

⁴⁵⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. 1993. *Op. cit.*, p. 175.

⁴⁶⁰ *Idem, ibidem*, p. 175.

⁴⁶¹ MIGUEL, Alexandre. *Op. cit.*, p. 289.

⁴⁶² DALLARI, Dalmo de Abreu. 1993. *Op. cit.*, p. 175.

⁴⁶³ MIGUEL, Alexandre. *Op. cit.*, p. 290 (grifo do autor).

diferentes formas de fé religiosa, em tempos de rompimento da unidade da Igreja após a reforma religiosa”⁴⁶⁴.

Hugo Grócio foi o primeiro filósofo a ter a visão laica, profana, do direito natural, “cortando as bases teleológicas do direito natural, que passa a ter fonte não divina, mas humana, através da razão”. Para o filósofo em tela, são duas as fontes do direito: a) a reta razão: razão humana e não divina; e b) o desejo de sociedade: o ser humano é essencialmente social⁴⁶⁵.

É nesta linha racionalista do direito natural que os teóricos do século XVII sustentavam pelo menos quatro proposições:

a) há direitos naturais demonstráveis pela razão: são eternos e absolutos, válidos para todos os homens em todos os tempos e em todos os lugares; b) o direito natural é um grupo de regras, suscetíveis de verificação por meio da razão, que asseguram perfeitamente todos esses direitos naturais; c) o Estado existe tão-só para assegurar aos indivíduos esses direitos naturais; e d) o direito positivo, o direito aplicado e executado pelos tribunais, é o meio pelo qual o Estado realiza essa função e obriga moralmente somente enquanto está de acordo com o direito natural⁴⁶⁶.

Entre as condicionantes que demonstrariam a razão social que constitui o direito, Hugo Grócio destaca, em especial, a “obrigatoriedade de respeitar os acordos, pois se admitirmos ser lícito faltar aos pactos, a convivência social não seria possível”. Porém, a idéia do “contrato social” é utilizada por Hugo Grócio apenas para demonstrar que existe uma obrigação perpétua do povo de obedecer ao soberano, de tal modo que esse pacto seria quase que uma presunção *iuris et de iure*, medida na qual as obras dos governantes e soberanos sempre se supõem consentidas pelos súditos.

Na interpretação de Alexandre Miguel, esta teoria contratualista merece objeções, pois que “a própria história tem demonstrado firmemente que as sociedades e os Estados não se originam de um contrato, mas de fatos naturais e históricos, produzidos independentemente de reflexões ou de uma vontade deliberada”⁴⁶⁷. Mas o fato é que a maioria dos autores modernos consideram os direitos humanos como direitos naturais, concebendo-os como contratos estabelecidos pelo Estado com a população, principalmente

⁴⁶⁴ MIGUEL, Alexandre. *Op. cit.*, p. 290.

⁴⁶⁵ *Idem, ibidem*, p. 290.

⁴⁶⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. 1993. *Op. cit.*, p. 175.

⁴⁶⁷ MIGUEL, Alexandre. *Op. cit.*, p. 291-2.

com a nobreza. Entendem que estes contratos preservam certos direitos humanos instituídos para impedir que o Estado interfira no seu exercício⁴⁶⁸.

No pensamento dos teórico-contratualistas da Idade Moderna, a sociedade, para sair de seu estado de selvageria, deveria pactuar comportamentos e condutas individuais e coletivas, renunciando a alguns direitos naturais para preservar outros, como: a vida, a propriedade, a liberdade e a igualdade. Os direitos preservados se constituiriam em “eternos e inalienáveis, vinculando todo o sistema social e estatal para que os observem e protejam”. Neste prisma, os direitos humanos estão relacionados com a natureza básica do indivíduo, da qual derivam. Dito de outro modo, os seres humanos “já nascerão livres, iguais, dignos, em decorrência de uma razão natural, o que significa dizer que os direitos dos indivíduos à vida, segurança, liberdade, etc., existirão independentemente de seu reconhecimento pelo Estado (os direitos são um ideal)”⁴⁶⁹.

Constata-se, desse modo, que os direitos fundamentais preconizados pelos jusnaturalistas modernos não possuem, de imediato, “instrumentos mais objetivos e explícitos de proteção e previsão”. A devida preocupação com a construção de instrumentos mais sólidos para a efetivação dos direitos humanos só começará a ser enfrentada mais tarde, durante os três grandes movimentos revolucionários liberais que o Ocidente viria a presenciar a partir do século XVII, quais sejam, as revoluções: inglesa com seu auge em 1688, americana que aconteceu em 1776, e francesa, datada de 1789⁴⁷⁰.

Primeiramente, a sociedade inglesa conheceu a *Petition of Rights*, elaborada por Lord Edward Coke, em 1628, cujo pensamento sustentava a idéia de um “direito fundamental” existente em todos os cidadãos ingleses, impulsionando a doutrina de um tripé de direitos que serviria de base a todo o direito futuro, conformado pela vida, pela liberdade e pela propriedade. Mas foi o *Bill of Rights* de 1689 o mais importante documento inglês que “fortaleceu e definiu as atribuições legislativas do Parlamento frente à Coroa e proclamou a liberdade da eleição dos membros do Parlamento, consagrando algumas garantias individuais”⁴⁷¹.

O *Bill of Rights* se auto-define como “um conjunto de direitos e liberdades incontestáveis, como também, que para o futuro não se firmem precedentes nem se deduza

⁴⁶⁸ LEAL, Rogério Gesta. *Op. cit.*, p. 30.

⁴⁶⁹ *Idem, ibidem*, p. 30-1.

⁴⁷⁰ *Ibid*, p. 31.

⁴⁷¹ GENEVOIS, Margarida. *Op. cit.*, p. 1.

consequência alguma em prejuízo do povo” (item 15). Ademais, mandou que seu conteúdo fosse amplamente divulgado para impedir a reprodução de atentados contra a religião, os direitos e as liberdades dos ingleses.

Em seus 16 itens, a Declaração de Direitos *Bill of Rights* da Inglaterra tratou de diversos temas, declarando: a) a ilegalidade da faculdade até então atribuída ao rei para suspender as leis ou seu cumprimento (itens 1 e 2); b) que são ilegais ou perniciosas as comissões para formar tribunais para as coisas eclesiásticas (item 3); c) que é ilegal toda cobrança de impostos para a Coroa sem a autorização do Parlamento (item 4); d) os direitos dos súditos de apresentarem petições ao rei, declarando como ilegais as prisões e vexações de qualquer espécie que sofram por esta causa (item 5); e) que sem a autorização do Parlamento, é ilegal o ato de levantar e manter dentro do país um exército em tempo de paz (item 6); f) que para sua defesa os súditos protestantes podem utilizar as armas necessárias à sua condição, desde que permitidas por lei (item 7); g) a liberdade eleitoral dos membros do Parlamento (item 8); h) o exame dos discursos pronunciados nos debates do Parlamento por ele mesmo (item 9); i) a proibição de exigências de fianças exorbitantes, de impostos excessivos e de penas demasiado severas (item 10); j) que a lista dos jurados eleitos deverá ser precedida de forma e notificação e que os jurados que decidem sobre a sorte das pessoas nas questões de alta traição deverão ser livres proprietários de terras (item 11); k) a ilegalidade das concessões ou promessas de dar a outros os bens confiscados a pessoas acusadas, antes de se acharem estas convictas ou convencidas (item 12); e l) que é indispensável convocar com frequência os Parlamntos para satisfazer os agravos, assim como para corrigir, afirmar e conservar as leis (item 13).

Vê-se, portanto, que o impulso inicial para a declaração de direitos em sentido moderno foi dado pela Inglaterra, por meio da Magna Carta de 1215 - que o rei João Sem Terra foi obrigado a assinar para proteger todos os cidadãos ingleses, cujo maior significado foi o de colocar a lei acima de qualquer poder ou privilégio -, seguida de outros textos fundamentais de declaração de direitos visando maior proteção dos direitos individuais, como que complementando os direitos adquiridos com a Magna Carta, a exemplo da *Petition of Rights*, de 1689, que figura como um grande conjunto normativo de proteção do cidadão; a Lei de *Habeas Corpus*, de 1679, que pretendeu garantir a liberdade do súdito e prevenir as pressões nas então colônias inglesas; e a Declaração dos Direitos *Bill of Rights* de 1689, que pretendeu tutelar, dentre outros direitos, a liberdade, a vida e a propriedade privada, com o intuito de assegurar o poder da burguesia na Inglaterra.

Não obstante isso, foi na América, na ainda colônia inglesa da Virgínia, que surgiu, em efetivo, a primeira Declaração de Direitos. Acontece que muito antes de se declararem independentes, as colônias inglesas da América se reuniram num Congresso Continental em 1774, que recomendou a formação de governos autônomos, desvinculados da pátria colonizadora. Quem deu os primeiros passos para isso foi justamente a colônia inglesa da Virgínia, que na convenção realizada em Williamsburg, no dia 12 de junho de 1776, publicou uma Declaração de Direitos. Trata-se da “Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia” que aborda, em seu primeiro dispositivo, o gozo da vida, a liberdade, a aquisição e posse de propriedade, a felicidade e a seguridade. Esse dispositivo vincula-se à igualdade jurídica, como garantia da liberdade e independência do indivíduo e o entendimento da dignidade da pessoa humana, teoria desenvolvida por Emmanuel Kant e outras correntes filosóficas da época. Veja-se o texto das primeiras quatro cláusulas:

Artigo 1º: todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, por nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança. Artigo 2º: toda a autoridade pertence ao povo e por consequência dele se emana; os magistrados são os seus mandatários, seus servidores, responsáveis perante ele em qualquer tempo. Artigo 3º: o governo é ou deve ser instituído para o bem comum, para a proteção e segurança do povo, da nação ou da comunidade. Dos métodos ou formas, o melhor será que se possa garantir, no mais alto grau, a felicidade e a segurança e o que mais realmente resguarde contra o perigo de má administração. Todas as vezes que um governo seja incapaz de preencher essa finalidade, ou lhe seja contrário, a maioria da comunidade tem o direito indubitável, inalienável e imprescritível de reformar, mudar ou abolir da maneira que julgar mais própria a proporcionar o benefício público. Artigo 4º: nenhum homem e nenhum colégio ou associação de homens pode ter outros títulos para obter vantagens ou prestígios, particulares, exclusivos e distintos dos da comunidade, a não ser em consideração de serviços prestados ao público, e a este título, não serão nem transmissíveis aos descendentes nem hereditários, a idéia de que um homem nasça magistrado, legislador, ou juiz, é absurda e contrária à natureza (Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia).

A este dispositivo seguiam-se outros quinze, que juntos compõem praticamente todos os princípios básicos do constitucionalismo americano⁴⁷².

Do texto da Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, destacam-se as expressões “liberdade”, “felicidade” e “segurança”. Na interpretação de Pietro de Jesús Lora Alarcón, na expressão “liberdade” está incluído o conceito de vida, possibilidade de auto-realização, de construção de vida moral, que implica assumir, responsavelmente, decisões e ações. Esse “direito à vida” é complementado com a idéia de igualdade de

⁴⁷² DALLARI, Dalmo de Abreu. 1993. *Op. cit.*, p. 176.

direitos desde suas origens. Já o conceito de “felicidade” é usado como finalidade, ainda que também possa ser considerado como um direito fundamental, que complementa os direitos à vida e à liberdade. A felicidade é um direito de claro conteúdo ético-social. Trata-se do mesmo postulado da época antiga, só que adequado a uma nova fase da humanidade. Por sua vez, a utilização da expressão “segurança” busca garantir o exercício do restante dos direitos, sob o amparo das leis, ou seja, dentro de uma sociedade organizada juridicamente tendo como referência uma medida de valores e encabeçada pela dignidade do ser humano. Ainda segundo Pietro de Jesús Lora Alarcón:

Todo este processo de reconhecimento da liberdade do ser humano, plasmado em declarações ou constituições escritas, foi acompanhado desde 1770 pelo raciocínio filosófico. Por isso é significativa a menção ao pensamento de Emanuel Kant que, indubitavelmente, vai ter uma contribuição generosa ao entendimento do conceito de vida humana. É que, enquanto política, jurídica e economicamente trabalhava-se o campo das liberdades humanas, por outra parte, filosoficamente, Emanuel Kant abria o espaço ao entendimento do indivíduo como ser dotado de dignidade, o que gerou, quanto aos raciocínios sobre a liberdade, uma revolução no pensar sobre a razão da vida humana⁴⁷³.

Neste contexto, o indivíduo como possuidor de “dignidade” passou a ser entendido como “alheio às coisas”, tendo em vista que “não deriva de uma especial dimensão (indivisibilidade, racionalidade e livre arbítrio) senão que se desprende de uma consideração ética”. “Pessoa humana” é aquele ser que tem um fim em si mesmo, e que, precisamente por isto, possui dignidade, o que o diferencia das “coisas”, que têm um fim fora de si, que servem como meros meios para fins alheios e, portanto, têm preço⁴⁷⁴.

Percebe-se, desta forma, que desde então a vida do ser humano começou a ser tratada como pessoa sujeito da lei moral, “o único ser que não tem preço, que não tem um valor somente relativo, senão que tem um valor em si mesmo, sua dignidade, e constitui um auto-fim”. Pietro de Jesús Lora Alarcón verifica que:

Naturalmente que isto ocasionou toda uma discussão sobre temas como pena de morte, tortura e escravidão, práticas que, no entanto, foram freqüentes durante o processo revolucionário francês. Contudo, a conjunção dessa idéia de dignidade humana, acompanhando o racionalismo e uma modernização das teorias jusnaturalistas, deu lugar ao movimento constitucionalista de finais do século XVIII na França⁴⁷⁵.

Essencialmente, a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia expressa que:

⁴⁷³ ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. 2004b. *Op. cit.*, p. 71-3.

⁴⁷⁴ *Idem, ibidem*, p. 73.

⁴⁷⁵ *Ibid*, p. 73.

[...] todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes, possuindo certos direitos inerentes, dos quais, quando ingressam no estado social, não podem, por nenhum contrato, privar-se ou deles abrir mão, como o gozo da vida e da liberdade, os meios de adquirir e possuir a propriedade, perseguir e obter a felicidade e segurança; afirma a separação dos poderes como premissa fundamental de organização do Estado; a liberdade de imprensa; o direito do acusado de conhecer a causa de sua detenção e ser julgado rapidamente por juízes imparciais; que nenhum homem pode ser privado de sua liberdade, senão segundo a lei do país ou segundo o juízo de seus pares⁴⁷⁶.

A exemplo da colônia da Virgínia, “outras colônias americanas aprovaram declarações semelhantes, mantendo a mesma linha fundamental”⁴⁷⁷. Apesar do direito conquistando pelas colônias inglesas de se auto-governar, e do dever assumido de se tornarem auto-suficientes, a Inglaterra permaneceu impondo sucessivas e crescentes restrições à vida econômica das suas colônias, por meio de excessivas taxas sobre o comércio exterior, fomentou-se nos colonos um forte espírito de desobediência e insubordinação, situação que desencadeou uma revolução burguesa das treze colônias norte-americanas, que unidas e ansiosas pela libertação, proclamam a Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 04 de julho de 1776, também conhecida como “Declaração da Filadélfia”. Nela, são expostas as razões fundamentais que levaram à independência norte-americana: “todos os homens foram criados iguais. Os direitos fundamentais foram conferidos pelo Criador; entre eles estão o da vida, da liberdade e o da procura da própria felicidade”. Assim, “sempre que qualquer forma de governo tenta destruir esses direitos, assiste ao povo o direito de mudá-lo ou aboli-lo e de instituir um novo governo”⁴⁷⁸.

A Declaração da Independência dos Estados Unidos da América contém, essencialmente:

[...] uma mensagem de natureza política, econômica e cultural, inspirada na teoria dos direitos naturais e na idéia de contrato social, proclamando direitos já veiculados pela Declaração da Virgínia e agregando outros, como o de insurreição contra governos que abusem de seus poderes⁴⁷⁹.

A Declaração de Independência dos Estados Unidos da América teve como aspecto relevante a limitação do poder estatal. Para concretizá-la, a primeira e única Constituição dos Estados Unidos da América, discutida e aprovada pela Convenção Constitucional da Filadélfia - na Pensilvânia, entre 25 de maio e 17 de setembro de 1787, estabeleceu a

⁴⁷⁶ LEAL, Rogério Gesta. *Op. cit.*, p. 32-3.

⁴⁷⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. 1993. *Op. cit.*, p. 176.

⁴⁷⁸ GENEVOIS, Margarida. *Op. cit.*, p. 1.

⁴⁷⁹ LEAL, Rogério Gesta. *Op. cit.*, p. 33.

separação dos poderes e instituiu diversos direitos fundamentais, como, por exemplo, a liberdade religiosa, a inviolabilidade de domicílio, o devido processo legal, o julgamento pelo Tribunal do Júri, a ampla defesa e a impossibilidade de aplicação de penas cruéis.

A Declaração da Filadélfia “serviu de referencial para todos os movimentos de independência dos povos colonizados”⁴⁸⁰ e influenciou as posteriores revoluções liberais que aconteceram na Europa, como, por exemplo, a Revolução Francesa, de 1789⁴⁸¹.

É por isso que autores como Georg Jellinek entendem que os direitos humanos surgiram efetivamente na América do Norte, por ocasião da defesa da tolerância nas colônias inglesas, de modo que a reivindicação de professar a própria fé, por parte dos imigrantes na América, em contraste com a igreja anglicana, seria a origem das afirmações de todas as outras liberdades individuais, proclamadas nas várias declarações de direitos. A defesa da tolerância afirma-se pela negativa de competência ao poder, para intervir na consciência de cada um, quanto à sua opção religiosa⁴⁸².

Recorde-se que a influência do cristianismo foi decisiva na formulação do conceito de personalidade. Conforme afirma Cleber Francisco Alves⁴⁸³: “a difusão do cristianismo no ocidente, com suas premissas de igualdade e fraternidade entre os seres humanos, estabeleceu novos horizontes nessa temática, conferindo à personalidade a base metafísica que lhe é peculiar”. Como decorrência, as acaloradas discussões sobre a autonomia do pensar fomentaram os debates sobre os limites do poder. Somam-se a isso as pretensões políticas da burguesia, sustentadas por sua expansão econômica. Essa conjuntura destrói, gradativamente, as bases do absolutismo. O debate sobre o poder absoluto e sua limitação partiu de três pontos de vista: a justificação do poder; a organização do poder e a relação do poder com os cidadãos⁴⁸⁴.

O poder absoluto encontrou como limite a existência dos direitos naturais prévios ao poder, que deveriam ser respeitados. Recorde-se que a idéia que se tem de governo moderno fundamenta-se nas premissas teóricas edificadas pelo iluminismo, principalmente na fonte dos teórico-contratualistas, como Thomas Hobbes, John Locke, Jean-Jacques

⁴⁸⁰ GENEVOIS, Margarida. *Op. cit.*, p. 1.

⁴⁸¹ BARSA, Enciclopédia. 1969c. *Op. cit.*, p. 45.

⁴⁸² JELLINEK, Georg. *La dichiarazione dei diritti dell' uomo e del cittadino*. Trad. de Damiano Nicilla. Milão: Giuffré editore, 2002. p. XXXI-XXXIX e 77-94.

⁴⁸³ ALVES, Cleber Francisco. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina e da Igreja**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 112.

⁴⁸⁴ *Idem, ibidem*, p. 112.

Rousseau e Emanuel Kant. Em ato contínuo a essa percepção, surgiram as declarações de direitos norte-americanas, ou seja: a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia em 1776 e a Declaração da Independência dos Estados Unidos em 1776, que somadas ao êxito da Revolução Liberal na França, em 1789, fizeram nascer a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão em 1789. Essas declarações de direitos, em conjunto, foram a premissa histórica dos direitos fundamentais.

Neste cenário, apesar dos documentos normativos da doutrina jusnaturalista que pregava a existência dos direitos fundamentais, como a liberdade e igualdade, na prática, os direitos humanos declarados funcionavam em favor dos reis e aristocratas, utilizados para justificar violências e abusos de poder⁴⁸⁵. É que, durante muitos anos, o governo dos Estados Unidos da América evitou reconhecer o sentido obrigatório dos dispositivos da Declaração da Filadélfia, preferindo considerá-la uma declaração genérica e, conseqüentemente, os Estados continuaram a ter o direito de regular os seus negócios domésticos de acordo com a sua conveniência e as suas instituições políticas e econômicas⁴⁸⁶.

A par disso, as categorias sociais da Europa moderna (nobreza, clero e burguesia) conviviam com profundas desigualdades de fato, face aos inúmeros direitos da nobreza (tribunal privativo, isenção de impostos, acesso aos cargos públicos, posse de grandes fortunas) e do clero (tribunal privativo, isenção de impostos, direito de explorar o ensino e opinar sobre assuntos políticos, econômicos e administrativos), enquanto que os burgueses, os artesãos e os camponeses não possuíam as mesmas regalias. Ademais, a nova classe social em ascendência, a burguesia, enfrentava dificuldades para expandir seus negócios, em razão da infra-estrutura emperrada do modelo ainda antigo e feudal de organização social.

Esse quadro levou à Revolução Francesa de 1789, instigada por diversos acontecimentos e movimentos sociais que visavam acabar com o antigo regime, caracterizado por uma estrutura hierarquizada - clero, nobreza e povo -, correspondente às monarquias absolutas e ao desenvolvimento do capitalismo comercial, sob influência dos ideais iluministas e da Independência dos Estados Unidos da América.

⁴⁸⁵ GENEVOIS, Margarida. *Op. cit.*, p. 1.

⁴⁸⁶ ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Op. cit.*, p. 354.

A Revolução Francesa de 1789 aboliu a servidão e os direitos feudais e proclamou os princípios universais de liberdade, igualdade e fraternidade. Desse modo, por alterar o quadro político e social da França, passou a ser considerada como acontecimento que deu início à Idade Contemporânea. Além disso, criou um documento que viria a se tornar a base fundamental do direito internacional dos direitos humanos: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, apoiada na idéia de que ao lado dos direitos dos seres humanos e do cidadão, existe a obrigação do Estado de respeitar e de garantir os direitos humanos⁴⁸⁷.

2.4 DIREITOS HUMANOS NA IDADE CONTEMPORÂNEA

A Idade Contemporânea é o período específico atual da história, iniciado a partir da Revolução Francesa, de 1789. Pode-se afirmar, juntamente com Rogério Gesta Leal, que “a miséria popular, como resultado de uma contextualização mais global, enquanto fator que agride o direito à vida digna, dá origem ao processo revolucionário francês, unificando uma série de reivindicações”⁴⁸⁸. E é justamente esse importante acontecimento histórico chamado de “Revolução Francesa” que criou a primeira declaração contemporânea dos direitos humanos.

Assim, muito tempo depois do impulso inicial da Carta Magna inglesa de 1215, mais precisamente no dia 26 de agosto de 1789, a Assembléia Nacional francesa aprovou sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamando os direitos individuais, referentes à vida, à igualdade, à liberdade e à fraternidade entre os seres humanos, que desde logo teve muito mais repercussão que as declarações inglesas e americanas, eis que enquanto estas afirmaram direitos apenas para os seus cidadãos, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão proclamava direitos universais, ou seja, para a humanidade inteira e não apenas para os cidadãos franceses. Se, durante as revoluções do século XVIII, o indivíduo perseverou na luta por consolidar-se como o centro da organização política, a título individual, no século XIX se esforçava por conseguir do Estado as garantias

⁴⁸⁷ GENEVOIS, Margarida. *Op. cit.*, p. 1.

⁴⁸⁸ LEAL, Rogério Gesta. *Op. cit.*, p. 35.

consideradas mínimas para sua subsistência. O indivíduo se assume como sujeito coletivo, o que repercutiu no entendimento da proteção da sua vida.

Conforme Philippe Braud, o sucesso da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que fez por longo tempo da França um destaque do liberalismo, deveu-se ao fato de que seus autores “tivessem consciência de proclamar direitos individuais, válidos para todos os seres humanos de todos os tempos e de todos os países”⁴⁸⁹.

Com efeito, reconhecendo e declarando, conforme seu artigo 1º que “os homens nascem e continuam livres e iguais em direitos” e que “as distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum”, a Assembléia Nacional francesa deixou expresso que essa e as demais proposições se aplicavam a todas as sociedades políticas. Assim, diz o artigo 2º: “o fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do ser humano”. Esses direitos são: a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão. E o artigo 16 expressa que: “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição”.

Não restam dúvidas de que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, “cuja influência na vida constitucional dos povos, não só do Ocidente como também do Oriente, ainda hoje é marcante, representou um considerável progresso na história da afirmação dos valores fundamentais da pessoa humana”. Contudo, por ser um produto do liberalismo do século XVIII, “seu cunho é nitidamente individualista, subordinando a vida social ao indivíduo e atribuindo ao Estado a finalidade de conservação dos direitos individuais”. Neste ponto, de acordo com Dalmo de Abreu Dallari, “era muito mais avançada a Declaração de Direitos da Virgínia, segundo a qual a sociedade não poderia privar os homens dos meios de adquirir e possuir propriedade e perseguir e obter felicidade e segurança”. Ademais, a predominância do liberalismo assegurou “a prevalência da orientação passiva do Estado, como simples conservador dos direitos dos que já os possuíam, sem nada fazer pelos que não tinham qualquer direito a conservar”⁴⁹⁰. Neste prisma, Rogério Gesta Leal pontua que:

[...] no artigo 4º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, encontra-se a determinação de que a liberdade consiste em fazer tudo o que não prejudica a outrem, isto é, o exercício dos direitos naturais de cada indivíduo concilia-se

⁴⁸⁹ Philippe Braud *apud* DALLARI, Dalmo de Abreu. 1993. *Op. cit.*, p. 175.

⁴⁹⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. 1993. *Op. cit.*, p. 176-7

com todos aqueles que têm, também, todos os membros da sociedade, como portadores dos mesmos direitos. Alguns deles reportam-se aos interesses materiais dos indivíduos: a liberdade individual não é somente o direito de ir e vir livremente, de permanecer no território nacional ou dele sair, mas o que os homens do século XVIII chamam de segurança, no sentido das garantias contra as prisões e penalidades arbitrárias; a propriedade individual; a inviolabilidade de domicílio privado; a liberdade de comércio, de trabalho e de indústria. Nos demais dispositivos [...] pode-se facilmente perceber a orientação burguesa de suas conformações. Os direitos individuais apresentam, todos eles, um caráter comum: limitam os direitos do Estado, mas não lhe impõem qualquer serviço positivo ou prestação em benefício dos cidadãos. O Estado deve abster-se, para deixar livre a atividade individual/burguesa, sendo que o indivíduo nada deve reclamar, tanto que, entre estes direitos, não são enumerados, por exemplo, o direito à assistência, à instrução, ao trabalho, como reivindicações que o cidadão possa apresentar ao Estado⁴⁹¹.

Posteriormente à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, a afirmação dos direitos fundamentais se completou pela conscientização da necessária proteção judicial dos direitos fundamentais, através de um processo de positivação voltado à organização da vida social e o reconhecimento do direito à dignidade da pessoa humana⁴⁹².

Começa, assim, a empreitada da constitucionalização dos direitos humanos, seguida, no século XX, pela sua universalização. Vejam-se algumas constituições⁴⁹³ inspiradas na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que em seus preâmbulos dão a forma de proclamações solenes às declarações de direitos humanos:

a) a Constituição da França, de 1793: os líderes da Revolução Francesa, no desejo de estabelecer uma Constituição com base nos princípios reconhecidos e declarados por meio da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e, com isso, abolir irrevogavelmente as instituições que viessem a ferir a liberdade e a igualdade dos direitos dos franceses, reunidos em Assembléia Nacional, aprovaram a primeira Constituição francesa, cujo preâmbulo expressava que:

[...] não há mais nobreza, nem pariato, nem distinções hereditárias, nem distinções de ordens, nem regime feudal, nem justiças patrimoniais, nem qualquer dos títulos, denominações e prerrogativas que deles derivavam, nem qualquer ordem de cavalaria, de corporações ou condecorações para as quais se exigiram provas de nobreza, ou que supunham distinções de nascença, nem qualquer outra superioridade senão aquela de funcionários públicos no exercício de suas funções. Não há mais venalidades nem hereditariedade para qualquer cargo público. Não existe mais, para qualquer parte da Nação, nem para qualquer

⁴⁹¹ LEAL, Rogério Gesta. *Op. cit.*, p. 36.

⁴⁹² BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 562 e ss.

⁴⁹³ Além dessas, e dentre outras no mesmo sentido: a Constituição espanhola, de 19 de março de 1812 (Constituição de Cádiz); a Constituição portuguesa, de 23 de setembro de 1822; e a Constituição belga, de 7 de fevereiro de 1831.

indivíduo, privilégio algum, nem exceção ao direito comum de todos os franceses. Não há mais corporações profissionais, de artes e ofícios. A lei não reconhece os votos religiosos, nem qualquer outro compromisso que seja contrário aos direitos naturais, ou à Constituição⁴⁹⁴.

Logo no primeiro título tratou das “disposições fundamentais garantidas pela Constituição”, garantindo como direitos naturais e civis que:

Parágrafo 1º: todos os cidadãos são admissíveis aos cargos e empregos sem outra distinção senão aquela decorrente das suas virtudes e das suas aptidões. Parágrafo 2º: todas as contribuições serão igualmente repartidas entre todos os cidadãos proporcionalmente aos seus recursos. Parágrafo 3º: os mesmos delitos serão punidos pelas mesmas penas sem distinção alguma de pessoas (Constituição da França de 1791).

No entanto, a Constituição francesa, de 1791, apesar das avançadas formas de controle do poder estatal, acabou por contrariar, em diversos de seus dispositivos, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, por exemplo, ao estabelecer que somente os cidadãos ativos poderiam ser eleitos para a Assembléia Nacional, afrontando a afirmação de igualdade de todos e, por isso, teve rápida vigência, sendo substituída em 1793, por uma nova Constituição, que melhor regulamentou os direitos humanos fundamentais. A Constituição da França, de 1793, em seu preâmbulo prescrevia que:

O povo francês convencido de que o esquecimento e o desprezo dos direitos naturais do homem são as causas das desgraças do mundo, resolveu expor, numa declaração solene, esses direitos sagrados e inalienáveis, a fim de que todos os cidadãos, podendo comparar sem cessar os atos do governo com a finalidade de toda a instituição social, nunca se deixem oprimir ou alivitar pela tirania; a fim de que o povo tenha perante os olhos as bases da sua liberdade e da sua felicidade, o magistrado a regra dos seus deveres, o legislador o objeto da sua missão. Por conseqüência, proclama, na presença do Ser Supremo, a seguinte declaração dos direitos do homem e do cidadão: [...]⁴⁹⁵.

Especificamente sobre o “plano da declaração do patrimônio natural, civil, político e de direitos dos homens”, dispunha que:

O objeto da união de todos os homens na sociedade, sendo a manutenção dos recursos naturais, civil e os direitos políticos, estes direitos devem ser a base social do compacto. A declaração de reconhecimento e de lhes deveria preceder a Constituição, que assegura a garantia dos mesmos. Os naturais, direitos civis e

⁴⁹⁴ FRANÇA, Constituição (1791). **Constituição da França, de 1791**. Disponível m: <<http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/const91.PDF>>. Acesso em: 10 jul. 2008.

⁴⁹⁵ FRANÇA, Constituição (1793). **Nova Constituição da França, de 1793**. Disponível em: <<http://18thcenturyreadingroom.wordpress.com/2007/09/04/item-of-the-day-the-new-constitution-of-france-1793>>. Acesso em: 10 jul. 2008.

políticos dos homens são da liberdade, da igualdade, da segurança, da propriedade, a garantia social, de opressão e de resistência⁴⁹⁶.

Dentre outras previsões, consagrou os seguintes direitos humanos fundamentais: igualdade, liberdade, segurança, propriedade, legalidade, livre acesso aos cargos públicos, livre manifestação de pensamento, liberdade de imprensa, presunção de inocência, devido processo legal, ampla defesa, proporcionalidade entre delitos e penas, liberdade de profissão, direito de petição, direitos políticos⁴⁹⁷.

Na interpretação de Alexandre de Moraes, esta Constituição francesa, de 1793, trouxe melhor regulamentação dos direitos humanos fundamentais do que a própria Declaração, de 1789⁴⁹⁸.

Ao promover a distinção entre direito e moral, fulminou o idealismo jusnaturalista outorgante das particularidades de direito a uma realidade racionalista e ética, como fora à dos direitos naturais, e auxiliou uma imposição paulatina, para sua efetiva garantia, à necessidade de sua positivação e, simultaneamente, pronunciou o “constitucionalismo” e a “codificação”.

b) a Constituição Mexicana, de 1917: A Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos, promulgada em 05 de fevereiro de 1917, expressou o que segue:

*Titulo Primero - Capitulo I: de las garantías individuales: artículo 1 - En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece. artículo 2 - Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán por ese solo hecho, su libertad y la protección de las leyes. artículo 3 - La educación que imparte el Estado - Federación, Estados, Municipios -, tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez el amor a la patria y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia: [...]*⁴⁹⁹.

⁴⁹⁶ *The object of all union of men in society, being the maintaining of natural, civil, and political rights, these rights ought to be the basis of the social compact. O objeto da união de todos os homens na sociedade, sendo a manutenção dos recursos naturais, civil e os direitos políticos, estes direitos devem ser a base social do compacto. The acknowledgment and declaration of them ought to precede the constitution which assures the guarantee of them. A declaração de reconhecimento e de lhes deveria preceder a Constituição, que assegura a garantia dos mesmos. I. The natural, civil and political rights of men are liberty, equality, security, property, the social guarantee, and resistance* Constituição da França, de 1793).

⁴⁹⁷ MORAES, Alexandre de. 1998. *Op. cit.*, p. 10.

⁴⁹⁸ *Idem, ibidem*, p. 10.

⁴⁹⁹ “Artigo 1: todas as pessoas dos Estados Unidos Mexicanos gozam das garantias concedidas por esta Constituição, que não pode ser restringida ou suspensa, salvo em tais casos e sob essas condições que estão aqui desde. Artigo 2: escravidão é proibida nos Estados Unidos do México. Os escravos que entra território nacional a partir do estrangeiro deve, por si só este ato, recuperar a sua liberdade e desfrutar da proteção assegurada pelas leis. Artigo 3: a educação, resultante da Federal Estado deve ser concebido para desenvolver

Conforme Fábio Konder Comparato, a Constituição mexicana, de 1917, tem significativa importância no quesito “direitos fundamentais” porque foi a primeira Constituição a atribuir a qualidade de direitos fundamentais aos direitos trabalhistas, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos (artigos 5º e 123). Nas suas palavras:

A importância desse precedente histórico deve ser salientada, pois na Europa a consciência de que os direitos humanos têm também uma dimensão social só veio a se firmar após a grande guerra de 1914-1918, que encerrou de fato o “longo século XIX”. A Constituição de Weimar, em 1919, trilhou a mesma via da Carta mexicana, e todas as convenções aprovadas pela então recém-criada Organização Internacional do Trabalho, na Conferência de Washington do mesmo ano de 1919, regularam matérias que já constavam da Constituição mexicana: a limitação da jornada de trabalho, o desemprego, a proteção da maternidade, a idade mínima de admissão nos trabalhos industriais e o trabalho noturno dos menores na indústria⁵⁰⁰.

c) a Constituição de Weimar, de 1919, embora tenha como característica a organização e sistematização de seus preceitos, trata dos direitos fundamentais na maioria de seus 165 artigos, sendo necessário, para identificá-los, proceder ao exame individualizado de cada um de seus dispositivos, tarefa que foge aos limites do proposto para este estudo. Basta a informação de que a Constituição de Weimar, de 1919, é dividida em dois livros: o Livro I, relativo à “estrutura e fins da República alemã” e o Livro II, pertinente aos “direitos e deveres fundamentais do cidadão alemão”, onde prevê, além dos tradicionais direitos e garantias individuais, os direitos relacionados à vida social, os direitos relacionados à religião e às Igrejas, os direitos relacionados à educação e ensino e os direitos referentes à vida econômica⁵⁰¹.

d) a Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, de 1918, pelas próprias circunstâncias que idealizaram a revolução de 1917, visava, nos termos do seu capítulo II:

[...] suprimir toda exploração do homem pelo homem, a abolir completamente a divisão da sociedade em classes, a esmagar implacavelmente todos os

harmoniosamente todas as faculdades do ser humano e deve fomentar a ele, ao mesmo tempo, um amor de país e de uma consciência de solidariedade internacional, na independência e justiça” (MÉXICO, Constituição (1917). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, promulgada em 31 de janeiro de 1917*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/mexico/const1917.htm>>. Acesso em: 10 jun. 2008).

⁵⁰⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *A Constituição Mexicana de 1917*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/mex1917.htm>>. Acesso em: 10 jul. 2008.

⁵⁰¹ ALEMANHA, Constituição (1919). *Constituição da Federação Alemã, de 11 de agosto de 1919*. Constituição de Weimar. Disponível em: <<http://web.jjay.cuny.edu/~jobrien/reference/ob13.html>>. Acesso em: 10 jul. 2008.

exploradores, a instalar a organização socialista da sociedade e a fazer triunfar o socialismo em todos os países, [...]”⁵⁰².

Com fundamento nesses preceitos, foi abolido o direito de propriedade privada, sendo que todas as terras passaram a ser propriedade nacional e entregues aos trabalhadores sem qualquer espécie de resgate, na base de uma repartição igualitária em usufruto (“artigo 1º: é abolida a propriedade privada da terra. Toda a terra, com todos os edifícios, o gado e as alfaías e outros acessórios da produção agrícola, é declarada patrimônio de todo o povo trabalhador”).

Alexandre de Moraes informa que, posteriormente, a Lei Fundamental Soviética, de 10 de julho de 1918, proclamou “o princípio da igualdade, independentemente de raça ou nacionalidade (artigo 22), determinando a prestação de assistência material e qualquer outra forma de apoio aos operários e aos camponeses mais pobres, a fim de concretizar a igualdade (artigo 16)”⁵⁰³. Mas ressalta que:

Apesar desses direitos, a citada Lei Fundamental Soviética, em determinadas normas, avança em sentido oposto à evolução dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, ao privar em seu art. 23 os indivíduos e os grupos particulares dos direitos de que poderiam usar em detrimento dos interesses da revolução socialista, ou ainda, ao centralizar a informação (artigo 14) e a obrigatoriedade do trabalho (artigo 14), com o princípio quem não trabalha não come (artigo 18)⁵⁰⁴.

e) por fim, a *Carta Del Lavoro* da Itália: a Carta do Trabalho italiana, de 21 de abril de 1927, trata, em seus trinta itens, das questões relativas ao estado corporativo e sua organização; ao contrato coletivo de trabalho e das garantias do trabalho; das agências de emprego; da previdência, da assistência, e da educação e instrução⁵⁰⁵.

Fortemente impregnada pela doutrina do Estado fascista italiano, a Carta do Trabalho inovou no que diz respeito aos direitos sociais dos trabalhadores, prevendo, basicamente, o que segue:

⁵⁰² DIREITO INTERNACIONAL, Legislação. **Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, de janeiro de 1918**. Disponível em: <http://omilitante.pcp.pt/index.php?Itemid=33&id=179&option=com_content&task=view>. Acesso em: 12 jul. 2008.

⁵⁰³ MORAES, Alexandre de. **Direito ao silêncio e Comissões Parlamentares de Inquérito**. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n° 52, nov. 2001. Disponível em:

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2427>>. Acesso em: 11 jul. 2008. p. 1.

⁵⁰⁴ *Idem, ibidem*, p. 1.

⁵⁰⁵ ITÁLIA, Legislação. **Carta Del Lavoro, aprovada no Grande Conselho Fascista, de 21 de abril de 1927**. Disponível em: <<http://www.fetropar.org.br/Colunas/Edesio/Carta%20del%20Lavoro.asp>>. Acesso em: 12 jul. 2008.

[...] liberdade sindical, a magistratura do trabalho, possibilidade de contratos coletivos de trabalho, maior proporcionalidade de retribuição financeira em relação ao trabalho, remuneração especial ao trabalho noturno, garantia do repouso semanal remunerado, previsão de férias após um ano de serviço ininterrupto, indenização em virtude de dispensa arbitrária ou sem justa causa, previsão de previdência, assistência, educação e instrução sociais⁵⁰⁶.

Surgiu desses textos um domínio das liberdades individuais, ou seja, os direitos sócio-econômicos, que deviam assegurar serenamente a todos, condições materiais de exercício dessas liberdades, a fim de imunizar o indivíduo diante das investidas dos possuidores de qualquer poder.

Neste prisma, Dalmo de Abreu Dallari pontua que outras declarações de direitos se seguiram à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, “tendo a própria França feito novas proclamações semelhantes em 1793, 1795, 1814 e 1848, pois cada nova maré revolucionária queria trazer a sua própria declaração de direitos. Contudo, ressalta que os princípios fundamentais foram sempre os mesmos, “cuja influência chegou muito viva até o século XX”, quando, no final da Segunda Guerra Mundial, surge a idéia de uma nova declaração de direitos⁵⁰⁷.

Assim foi que, no dia 26 de junho de 1945, foi aprovada a Carta das Nações Unidas, “destinada a fornecer a base jurídica para a permanente ação conjunta dos Estados, em defesa da paz mundial”⁵⁰⁸. No prólogo da Carta das Nações Unidas consta o que segue:

Nós, os povos das nações unidas, resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla. E para tais fins, praticar a tolerância e viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos, e unir as nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais, e a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição dos métodos, que a força armada não será usada a não ser no interesse comum, a empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos. Resolvemos conjugar nossos esforços para a consecução desses objetivos. Em vista disso, nossos respectivos governos, por intermédio de representantes reunidos na cidade de São Francisco, depois de exibirem seus plenos poderes, que foram achados em boa e devida forma, concordaram com a presente Carta das Nações Unidas e estabelecem, por meio dela, uma organização internacional que será conhecida pelo nome de Nações Unidas.

⁵⁰⁶ MORAES, Alexandre de. 2001. *Op. cit.*, p. 1.

⁵⁰⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. 1993. *Op. cit.*, p. 177.

⁵⁰⁸ *Idem, ibidem*, p. 178.

Os propósitos das Nações Unidas, expressos no artigo 1º da Carta, são:

1. Manter a paz e a segurança internacionais e, para esse fim: tomar, coletivamente, medidas efetivas para evitar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajuste ou solução das controvérsias ou situações que possam levar a uma perturbação da paz; 2. desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal; 3. conseguir 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; e 4. ser um centro destinado a harmonizar a ação das nações para a consecução desses objetivos comuns.

Como a experiência já havia deixado claro que não pode existir paz onde não houver justiça social, nasce a idéia de uma declaração de direitos que fixasse as diretrizes para a reorganização dos Estados⁵⁰⁹.

Desse modo, em ato contínuo ao término da Segunda Guerra Mundial, a Organização das Nações Unidas promulgou o documento de maior relevância histórica dos direitos humanos: a Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada pela Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, quando reconheceu a democracia como o único regime político eficaz para assegurar os direitos humanos e a dignidade humana, inerente a todos os membros da família e seus direitos iguais e inalienáveis como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

Os trabalhos de elaboração desse documento tiveram início em 1946, cuja redação final foi aprovada na terceira sessão ordinária da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, realizada em Paris, em 10 de dezembro de 1948, recebendo o nome de Declaração Universal dos Direitos do Homem. Essa declaração contém trinta artigos, precedidos de um preâmbulo com sete considerandos, em que reconhece solenemente: a dignidade da pessoa humana, como base da liberdade, da justiça e da paz; o ideal democrático com fulcro no progresso econômico, social e cultural; o direito de resistência à opressão; finalmente, a concepção comum desses direitos⁵¹⁰. O parágrafo último do preâmbulo constitui a proclamação, pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas - ONU, da referida Declaração Universal dos Direitos Humanos como:

⁵⁰⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. 1993. *Op. cit.*, p. 178.

⁵¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 167.

[...] o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

O termo “proclamação” de direitos fundamentais “torna evidente que não há concessão ou reconhecimento dos direitos, mas proclamação deles, significando que sua existência independe de qualquer vontade ou formalidade”. Desse modo, “tratando-se de direitos fundamentais inerentes à natureza humana, nenhum indivíduo ou entidade, nem os governos, os Estados ou a própria Organização das Nações Unidas, tem legitimidade para retirá-los de qualquer indivíduo”⁵¹¹.

Tratando dos direitos fundamentais expressos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, Dalmo de Abreu Dallari pondera que:

Indo muito além da simples preocupação com a conservação de direitos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos faz a enumeração dos direitos fundamentais e, no artigo 22, proclama que todo homem tem direito à segurança social e à realização dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade. O exame dos artigos da Declaração Universal dos Direitos Humanos revela que ela consagrou três objetivos fundamentais: a “certeza” dos direitos, exigindo que haja uma fixação “prévia” e “clara” dos direitos e deveres, para que os indivíduos possam gozar dos direitos ou sofrer imposições; a “segurança” dos direitos, impondo uma série de normas tendentes a garantir que, “em qualquer circunstância”, os direitos fundamentais serão respeitados; a “possibilidade” dos direitos, exigindo que se procure assegurar a todos os indivíduos os meios necessários à fruição dos direitos, não se permanecendo no formalismo cínico e mentiroso da afirmação de igualdade de direitos onde grande parte do povo vive em condições sub-humanas. O grande problema, ainda não resolvido, é a consecução de eficácia das normas de declaração de direitos⁵¹².

Do ponto de vista estritamente jurídico, a Declaração Universal dos Direitos Humanos não é senão uma resolução, cujo conteúdo não pode tornar-se obrigatório para os Estados, a não ser quando ele retomado sob a forma de uma Convenção ou pacto entre eles firmado. É que a Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas não tem competência para editar normas cogentes aos seus membros. Conforme Celso Ribeiro Bastos:

A Assembléia nunca pretendeu ir além de uma solene declaração de princípios. Sua significação é, pois, eminentemente moral. A sua jurisdicionalização fica na dependência dos pactos que venham a lhe conferir eficácia. Ocorre, entretanto, que mesmo os dois pactos já firmados, um sobre os direitos econômicos e sociais

⁵¹¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. 1993. *Op. cit.*, p. 178.

⁵¹² *Idem, ibidem*, p. 179 (grifos do autor).

e outro sobre direitos individuais tradicionais clássicos, não desembocaram em um sistema eficaz de proteção da vítima. Ficou, é certo, criada uma Comissão de Proteção aos Direitos Humanos, cujos membros são eleitos pelos Estados signatários do pacto, comissão essa, no entanto, de poderes muito reduzidos. O máximo a que ela pode chegar é à constatação da ocorrência de lesão de direitos individuais⁵¹³.

A forma que confere eficácia aos direitos individuais fica na dependência da sua definição ao nível da legislação de cada país. É destes, no fundo, que dependem tanto a extensão dos direitos quanto a definição das garantias que os instrumentam, estas de ordem eminentemente jurisdicional, sem prejuízo de outras formas de muito menos importância que possam existir⁵¹⁴. Neste sentido:

A consciência jurídica do mundo assemelha-se a uma árvore ciclópida e milenária, de cujos galhos nodosos rebentam densos ramos e, deles, a floração dos direitos. Quando em vez, as flores legais emurhecem sob o implacável calor do tempo e a ventania evolucionista, oriunda das carências sociais, agita as ramagens e as faz rolar para o solo poroso, onde são transformadas em adubo e absorvidas pelas raízes poderosas e insaciáveis. E, semelhante àquela árvore retorcida e medonha, onde os sacerdotes druidas dependuraram (consagrada às divindades), a espada “de lâmina azulada, marchetada de ouro”, de Júlio César, perdida na batalha de Gergóvia, nas Galias [...] essa árvore desafia o queimor e o frio das estações, pois o seu cerne tem tal tessitura lenhosa que faz lembrar fios retorcidos de cobre novo. As gerações inquietas, sob a sua sombra espessa, foram passando, num atropelamento irresistível e fatal, e delas resta apenas uma descolorida poeira de tijolos cuneiformes e uns amarrotados pergaminhos e papiros, amarelados pelo bolor dos esconderijos e dos escaninhos. Cada floração, ao seu tempo, pareceu a melhor coisa que poderia ser outorgada a um escravo, bestializado pelos sofrimentos físicos e pelas torturas espirituais impostas pelos dogmas das religiões bárbaras⁵¹⁵.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos representa um importante instrumento de consciência coletiva visando diminuir as desigualdades sociais entre os povos. Foram essas desigualdades sociais que geraram sucessivas lutas de classes e eventos que aceleraram as transformações no campo da política e do direito, fazendo-se derivar importantes conquistas jurídicas. É disso que infere a idéia de que as teorias sobre os direitos humanos também estiveram condicionadas pelo próprio desenvolvimento e evolução das “condições sócio-econômicas ou materiais, das reivindicações e lutas pelos direitos sociais, conjugando-se, contudo, as condições objetivas e subjetivas para a formação desse importante direito social”⁵¹⁶.

⁵¹³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002. p. 310-1.

⁵¹⁴ *Idem, ibidem*, p. 311.

⁵¹⁵ ALTAVILA, Jayme de. **Origem dos direitos dos povos**. 5. ed. São Paulo: Ícone, 1989. p. 09.

⁵¹⁶ SERRANO, Pablo Giménez. **Para uma melhor compreensão dos direitos humanos**. In: *Revista Direito & Paz*, ano 7, nº 12, p. 101-120. São Paulo: Centro Universitário Salesiano de São Paulo, 2005. p. 104.

Em relação às declarações do século XVIII, as condições objetivas “marcaram a contradição entre o regime da monarquia absoluta e uma sociedade nova tendente à expansão comercial e cultural”. A essas condições juntaram-se novas relações objetivas que foram surgindo com o passar do tempo, a exemplo do desenvolvimento industrial e do aparecimento de um proletariado que, na ótica de vários filósofos e políticos da época, estava sujeito ao domínio da burguesia capitalista⁵¹⁷.

Já as condições subjetivas, consideradas pela doutrina francesa como fontes de inspiração das declarações de direitos, são: a) o pensamento cristão, visto como fonte remota; b) a doutrina de direito natural dos séculos XVII e XVIII e, portanto, de natureza racionalista, que sustentara a tese dos direitos inatos e inerentes à pessoa humana; e c) o iluminismo com suas idéias sobre a ordem natural, sua exaltação às liberdades inglesas e suas crenças nos valores individuais dos seres humanos acima dos valores sociais, firmando o individualismo que exala notadamente das primeiras declarações de direitos do ser humano⁵¹⁸.

A essência da atual Declaração Universal dos Direitos Humanos está alicerçada em valores essenciais para que o ser humano um dia consiga entender que todos merecem ter uma vida com dignidade, independente de nacionalidade, sexo, idade e cor. Na interpretação de Jayme de Altavila:

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 10 de dezembro de 1948, em Paris, constitui a página mais brilhante do pensamento jurídico da humanidade e, em tese, o diploma de sua maior conquista. Para se atingir a sua culminância, uma imensidade de degraus foi palmilhada e uma imensidade de textos legais e de reivindicações caíram pelos escalões das iniciativas, atestando a honestidade dos esforços por uma paz perene e por um plano de existência igual e condigna. Se nos limites de um Estado, os nacionais dificilmente se subjugam e se harmonizam às letras dos códigos, quanto mais uma universalidade de nações se sujeitar a um estatuto, conquanto de idéias gerais, mas sempre como o imperativo de que “A vontade do povo será a base da autoridade de qualquer governo” (artigo 21, item 3)⁵¹⁹.

No entanto, o cumprimento destas normas de caráter universal requer uma atividade constante de exercício de desprendimento do individualismo em busca do bem comum universal. Conforme Dalmo de Abreu Dallari:

Proclamadas como normas jurídicas, anteriores aos Estados, elas devem ser aplicadas independentemente de sua inclusão nos direitos dos Estados pela

⁵¹⁷ SERRANO, Pablo Giménez. *Op. cit.*, p. 104-5.

⁵¹⁸ *Idem, ibidem*, p. 105.

⁵¹⁹ ALTAVILA, Jayme de. *Op. cit.*, p. 243.

formalização legislativa. Entretanto, inexistindo um órgão que possa impor sua efetiva aplicação ou impor sanções em caso de inobservância, muitas vezes os próprios Estados que subscreveram a Declaração Universal dos Direitos Humanos agem contra suas normas, sem que nada possa ser feito. Adotou-se a praxe de incluir nas próprias Constituições um capítulo referente aos direitos e garantias individuais, justamente porque, dessa forma, incorporadas ao direito positivo dos Estados, aquelas normas adquirem plena eficácia. Entretanto, quando qualquer governo, valendo-se de uma posição de força, ignora a Constituição e desrespeita as normas da Declaração Universal dos Direitos Humanos, os demais Estados ou a própria Organização das Nações Unidas se limitam a fazer protestos, quase sempre absolutamente inócuos⁵²⁰.

Não restam dúvidas de que a proclamação dos direitos humanos e sua internacionalização de forma ampla, com o objetivo de proporcionar a certeza e a segurança desses direitos, exigindo que todos os seres humanos tenham a possibilidade de aquisição e gozo dos direitos fundamentais, representou um grande progresso, porque marca a transformação dos ideais de uma sociedade, que almeja caminhar para a liberdade de oportunidades, buscando incessantemente o bem-estar de todos de forma pluralista, despertando uma nova consciência no afã de vislumbrar-se pelo menos a satisfação dos direitos elementares dos cidadãos. Contudo, a garantia dos direitos fundamentais prevista na Declaração Universal dos Direitos Humanos encontra-se bastante distante da realidade, e as perspectivas para concretização de uma melhor qualidade de vida para os povos dos denominados “países em desenvolvimento” ainda são precárias, “apesar do geral reconhecimento de que só o respeito a todas as suas normas poderá conduzir a um mundo de paz e de justiça social”⁵²¹.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos significa indubitavelmente um marco na história da humanidade, no sentido de procurar garantir a todas as pessoas indistintamente os direitos elementares para uma vida com dignidade. O referido documento traz em seu interior palavras com espírito muito forte de fraternidade e igualdade, tão necessário neste mundo alienado muitas vezes no calculismo imediato, na ânsia de ter riqueza para conquistar o poder, deixando de lado o que é mais nobre no ser humano: o sentimento.

A consciência coletiva encontrará vigor quando as pessoas reconhecerem que todos têm o direito de poder viver harmonicamente em liberdade e igualdade de oportunidades, garantindo-se as condições básicas em busca de uma vida com dignidade e respeito. Enfim, a privação dos direitos impostergáveis do ser humano, garantidos na Declaração Universal

⁵²⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. 1993. *Op. cit.*, p. 179.

⁵²¹ *Idem, ibidem*, p. 179.

dos Direitos Humanos, deve ser combatida por todos os povos que buscam uma melhor qualidade de vida, penalizando-se os governantes irresponsáveis e mal-intencionados.

Na sequência histórico-cronológica, diversos documentos foram incorporando preceitos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a exemplo dos pactos internacionais de direitos humanos (o Pacto Internacional Relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, vigente desde 03 de janeiro de 1976 e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, vigente desde 23 de março de 1976); da Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993; e do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional de 1998. Essas declarações e convenções internacionais:

[...] são elaboradas com o objetivo de atender ao processo de proliferação de direitos, que envolve, entre outras coisas, o aumento dos bens merecedores de proteção e a ampliação dos direitos sociais, econômicos, culturais, entre outras; a extensão da titularidade de direitos, com o alargamento do conceito de sujeito de direito, alcançando as entidades de classe, as organizações sindicais, etc.⁵²².

a) o Pacto Internacional Relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aprovado pelas Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966⁵²³, aberto à assinatura em Nova York em 19 de dezembro de 1966 e promulgado no Brasil por meio do Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992, em seus 31 artigos, elenca importantes direitos, a saber:

a) a não-discriminação social pela cor, raça, idioma, religião, opinião política, nacionalidade, origem social, posição econômica etc.; b) a igualdade entre o homem e a mulher; c) o direito a melhores condições de trabalho e à remuneração justa; d) o direito à organização sindical e à greve; e e) o direito à segurança social e a seguridade social⁵²⁴.

Nos termos do preâmbulo do Pacto Internacional Relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, os Estados signatários deverão considerar que, em atenção aos princípios enunciados na Carta das Nações Unidas, “a liberdade, a justiça e a paz no mundo têm por base o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis”, ou seja, o reconhecimento de que os referidos direitos “emanam da dignidade inerente à pessoa humana”. Além disso, e de acordo com a Declaração Universal de Direitos Humanos, reconhece que “não se pode realizar o ideal do ser humano livre, liberado do temor e da miséria, a não ser que se criem

⁵²² LEAL, Rogério Gesta. *Op. cit.*, p. 88-9.

⁵²³ DIREITO INTERNACIONAL, Legislação. **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1976**. Adotado pela Assembléia-Geral das Nações Unidas para Ratificação e Adesão pela Resolução 2.200 (XXI), em 16 de dezembro de 1966, em vigor, de acordo com o artigo 27, a partir de 03 de janeiro de 1976 e promulgado no Brasil por meio do Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/m_591_1992.htm>. Acesso em: 10 jul. 2008.

⁵²⁴ SERRANO, Pablo Gimenez. *Op. cit.*, p. 106.

condições que permitam a cada pessoa gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como também de seus direitos civis e políticos”. O Pacto Internacional Relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi adotado para atender à imposição, por parte Carta das Nações Unidas aos Estados, da obrigação de promover o respeito universal e efetivo pelos direitos e liberdades humanas, e determina que o indivíduo, por ter deveres em relação a outros indivíduos e à comunidade a que pertence, é obrigado a respeitar a vigência e observância dos direitos que reconhece.

Interessante verificar que o Pacto Internacional Relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece que o gozo das liberdades cívicas e políticas e dos direitos econômicos, sociais e culturais, estão vinculadas entre si e se condicionam mutuamente, pois que *el hombre privado de los derechos económicos, sociales y culturales no representa esa persona humana que la Declaración Universal considera como el ideal del hombre libre*⁵²⁵.

O Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais reconhece, ainda, o direito ao trabalho; o direito ao gozo de condições de trabalho equitativas e satisfatórias; o direito a fundar sindicatos e a filiar-se neles; o direito à seguridade social; o direito da família, das mães, das crianças e adolescentes a mais ampla proteção e assistência⁵²⁶.

Este Pacto Internacional Relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, composto de um preâmbulo e trinta e um artigos, comparte normas similares com o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que além do preâmbulo, conta com cinquenta e três artigos.

b) o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, adotado em 16 de dezembro de 1966⁵²⁷, com vigência a partir de 23 de março de 1976 e seus 53 artigos. O preâmbulo do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos é exatamente igual ao preâmbulo do Pacto Internacional Relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, porém, os direitos civis e políticos estabelecidos pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas são:

⁵²⁵ Juan Antônio Travesso *apud* LEAL, Rogério Gesta. *Op. cit.*, p. 89.

⁵²⁶ LEAL, Rogério Gesta. *Op. cit.*, p. 89.

⁵²⁷ DIREITO INTERNACIONAL, Legislação. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966**. Adotado pela Resolução nº 2.200 A (XXI) da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, vigente desde 23 de março de 1976 e ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992. Disponível em: <http://www.rolim.com.br/2002/_pdfs/067.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2008.

[...] direito à igualdade de trato ante os tribunais e demais órgãos de administração da justiça; direito à segurança da pessoa e à proteção pelo Estado contra toda a violência ou dano físico, tanto infligidos por funcionários do governo como por indivíduos, grupos ou instituições; direitos políticos, em especial o de participar de eleições, a votar e a ser candidato, com base no sufrágio universal e igual, a tomar parte no governo, assim como na condução dos assuntos públicos em todos os níveis, e à igualdade de acesso à Administração Pública; o direito de liberdade de trânsito e de residência dentro das fronteiras do Estado, direito a sair de qualquer país, inclusive do próprio, e voltar ao próprio país; direito à nacionalidade; direito ao matrimônio e à escolha do cônjuge; direito à propriedade individual ou em associação; direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; direito à liberdade de opinião e expressão; direito à liberdade de reunião e associação pacífica⁵²⁸.

Nos termos do artigo 28 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos:

1. Constituir-se-á um Comitê de Direitos Humanos [...]. O Comitê será composto de dezoito membros e desempenhará as funções descritas adiante. 2. O Comitê será integrado por nacionais dos Estados-partes no presente Pacto, os quais deverão ser pessoas de elevada reputação moral e reconhecida competência em matéria de direitos humanos, levando-se em consideração a utilidade da participação de algumas pessoas com experiência jurídica. 3. Os membros do Comitê serão eleitos e exercerão suas funções a título pessoal.

Prevê, desse modo, a existência de um órgão que supervisione as medidas que se fixam de conformidade com suas normas. Este Comitê de Direitos Humanos “vem ser o órgão de execução e supervisão do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e do protocolo facultativo a esse Pacto”, cuja atividade se baseia, basicamente, no recolhimento de informações relacionadas às medidas adotadas pelos Estados-partes que dão cumprimento aos direitos reconhecidos no Pacto e aos progressos realizados no desfrute destes direitos. Estas funções são ampliadas com as restabelecidas no Protocolo Facultativo de Direitos Humanos, que faculta ao Comitê de Direitos Humanos receber e considerar comunicações de indivíduos que aleguem ser vítimas de violações de qualquer dos direitos enunciados no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos⁵²⁹.

Na interpretação de Rogério Gesta Leal, “este processo de internacionalização dos direitos humanos resulta em um complexo sistema internacional de proteção, identificado pela coexistência do sistema geral com o sistema particular de proteção”. É que, para além das normas gerais expostas no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, alguns Estados têm optado por redigir convenções particulares visando estabelecer sistemas específicos de proteção dos direitos humanos, instituindo, para tanto, órgãos especiais para supervisionar e controlar estas funções, tais como: a Convenção sobre a Repressão e Castigo do Delito de Genocídio; a Convenção Internacional para a Repressão e Castigo do

⁵²⁸ LEAL, Rogério Gesta. *Op. cit.*, p. 89-90.

⁵²⁹ *Idem, ibidem*, p. 90-1.

Delito do *apartheid*; a Convenção sobre a Redução do Número de Apátridas; a Convenção sobre Direitos Políticos da Mulher, sobre a Nacionalidade da Mulher Casada, e demais normas internacionais referentes ao *status* da mulher, etc.⁵³⁰.

Este sistema particular de proteção é direcionado à prevenção da discriminação ou à proteção de pessoas ou grupos de pessoas particularmente vulneráveis, que merecem proteção especial, como, por exemplo, os direitos da mulher, da criança, do idoso, do adolescente, do deficiente físico, e ressalta o processo de especificação do sujeito de direito concebido em sua especificidade e concreticidade. Já o sistema geral de proteção tem por objetivo garantir a proteção de toda e qualquer pessoa, isto é, o sujeito de direito é visto em sua abstração e generalidade.

Para tanto, cada sistema de proteção dos direitos humanos possui um instrumental jurídico próprio aos seus fins. Rogério Gesta Leal observa que:

O americano conta com a Convenção Americana de Direitos Humanos, o denominado Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, que institui a Comissão Americana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana; o sistema europeu é constituído da Convenção Européia de Direitos Humanos, de 1950, instituindo a Comissão e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos; já o sistema africano possui a Carta Africana de Direitos Humanos, de 1981⁵³¹.

O sistema internacional de proteção dos direitos humanos apresenta mecanismos próprios de controle e implementação dos direitos que contempla, destacando-se dentre eles: o sistema de petições individuais, por meio do qual qualquer pessoa que sofreu violação a direito, enunciado em tratado internacional de que o Estado é parte, pode (faculdade) apresentar petição contendo a denúncia da violação das disposições do tratado, por parte do referido Estado; as comunicações interestatais, por meio das quais determinado Estado-parte pode (faculdade) denunciar violações a direitos humanos estabelecidos em tratado internacional por outro Estado-parte; e os relatórios periódicos elaborados pelo Estado-parte, pelos quais um Estado-parte se compromete a encaminhar aos organismos internacionais competentes relatórios sobre as medidas administrativas, legislativas e judiciárias por ele adotadas, com o intuito de conferir cumprimento às obrigações internacionais assumidas em virtude das convenções internacionais⁵³².

Ao tratar do tema, Flávia Piovesan pontua que:

⁵³⁰ LEAL, Rogério Gesta. *Op. cit.*, p. 91.

⁵³¹ *Idem, ibidem*, p. 91;92.

⁵³² *Ibid*, p. 92-3.

Os sistemas global [internacional] e regional [particular], não são dicotômicos, mas complementares. Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal dos Direitos Humanos, compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos no plano internacional. Nesta ótica, os diversos sistemas de proteção de direitos humanos interagem em benefício dos indivíduos protegidos. Ao adotar o valor da primazia da pessoa humana, esses sistemas se complementam, somando-se ao sistema nacional de proteção, a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais. Este é inclusive a lógica e principiologia próprias do direito dos direitos humanos⁵³³.

Os referidos pactos internacionais, dos quais se afirma que não são mais do que expressões dos princípios programáticos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, constituem antecedentes importantes para a proteção dos direitos mais elementares do ser humano⁵³⁴.

Em razão de sua natureza, esses pactos possuem efeito jurídico vinculante e compõem, juntamente com a Declaração Universal de Direitos Humanos, a chamada Carta Internacional dos Direitos Humanos. Estes documentos são constituídos fundamentalmente pelo direito à autodeterminação. Conforme Rogério Gesta Leal:

Nas mais modernas tendências do direito internacional, os tratados internacionais de tutela dos direitos humanos buscam, precipuamente, garantir o exercício de direitos e liberdades fundamentais, motivo por que, não apenas o Estado, mas também os indivíduos passam a ser sujeitos de direitos internacionais, [...], consolidando-se a capacidade processual internacional destes⁵³⁵.

Na síntese conclusiva de Liliana Lyra Jubilut:

[...] os Pactos Internacionais de Direitos Humanos surgiram como resposta aos anseios da comunidade internacional de se consolidar a proteção dos direitos humanos, a qual até então tinha como seu documento mais efetivo a Declaração Universal dos Direitos dos Homens, que, por sua própria natureza jurídica, não possuía força vinculante. São eles, assim, frutos de sua época, o que pode ser visto principalmente no fato de serem eles dois instrumentos ao invés de um único tratado, como anteriormente previsto; essa situação decorre das divergências políticas e ideológicas existentes quando de sua elaboração⁵³⁶.

Tais documentos são de grande importância, pois que consolidam os direitos humanos como direitos positivados no âmbito internacional, aumentando sua proteção, ao mesmo passo em que iniciam a instauração de medidas de implementação dos direitos que asseguram. Destarte, “denotam expressiva modernidade, pois tal questão - a efetivação do

⁵³³ PIOVESAN, Flávia. **Cidadania global é possível?** p. 259-268. In: PINSKY, Jaime (org). **Práticas de cidadania**. São Paulo: Contexto, 2004. p. 261.

⁵³⁴ SERRANO, Pablo Gimenez. *Op. cit.*, p. 106.

⁵³⁵ LEAL, Rogério Gesta. *Op. cit.*, p. 87.

⁵³⁶ JUBILUT, Liliana Lyra. **Os pactos internacionais de direitos humanos**. p. 25-39. In: ALMEIDA, Guilherme Assis de; PERRONE-MOISÉS, Cláudia (coords.). *Direito internacional dos direitos humanos: instrumentos básicos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 38.

direito internacional dos direitos humanos - é hodiernamente a temática mais relevante dentro desse ramo do direito internacional”⁵³⁷.

Aos apresentados pactos internacionais seguem-se a Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993 e o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, de 1998.

c) a Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993⁵³⁸ reitera os primados da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Extrai-se do seu preâmbulo que a Declaração de Direitos Humanos de Viena fundamenta-se no reconhecimento da promoção e da proteção dos direitos humanos como questões prioritárias da comunidade internacional, oferecendo, para tanto, “uma oportunidade singular para uma análise abrangente do sistema internacional dos direitos humanos e dos mecanismos de proteção dos direitos humanos, para fortalecer e promover uma maior observância desses direitos de forma justa e equilibrada”.

A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, por meio da Declaração de Direitos Humanos de Viena, afirma que todos os direitos humanos têm origem na dignidade como valor inerente à pessoa humana, e que esta é o sujeito central dos direitos humanos e liberdades fundamentais, razão pela qual deve ser a principal beneficiária desses direitos e liberdades e participar ativamente de sua realização, aderindo, desse modo, aos propósitos e princípios enunciados na Carta das Nações Unidas e na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Foi editada com o intuito de concretizar o compromisso assumido na Carta das Nações Unidas de se tomar medidas conjuntas e separadas no sentido do desenvolvimento de uma cooperação internacional eficaz, visando à realização dos propósitos estabelecidos no artigo 55⁵³⁹, incluindo o respeito universal e observância dos direitos humanos e liberdades fundamentais de todas as pessoas. Além disso, tem como escopo adequar os

⁵³⁷ JUBILUT, Liliana Lyra. *Op. cit.*, p. 38.

⁵³⁸ DIREITO INTERNACIONAL, Legislação. **Declaração e Programa de Ação de Viena, de 1993.** Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/viena.html>>. Acesso em: 10 jul. 2008.

⁵³⁹ “Artigo 55: com o fim de criar condições de estabilidade e bem-estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito do princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas promoverão: a) a elevação dos níveis de vida, o pleno emprego e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social; b) a solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, de saúde e conexos, bem como a cooperação internacional, de caráter cultural e educacional; e c) o respeito universal e efetivo dos direitos do homem e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião” (Carta das Nações Unidas).

princípios consagrados na Carta das Nações Unidas, incluindo a promoção dos direitos humanos e liberdades fundamentais de todas as pessoas e o respeito pelo princípio dos direitos iguais e autodeterminação dos povos em condições de paz, democracia, justiça, igualdade, Estados de Direito, pluralismo, desenvolvimento, melhores padrões de vida e solidariedade, às importantes mudanças em curso no cenário internacional e às novas aspirações dos povos contemporâneos.

A Declaração de Direitos Humanos de Viena também reconhece:

[...] que a comunidade internacional deve conceber formas e meios para eliminar os obstáculos existentes e superar desafios à plena realização de todos os direitos humanos e para evitar que continuem ocorrendo casos de violações de direitos humanos em todo o mundo, imbuída do espírito de nossa era e da realidade de nosso tempo, que exigem de todos os povos do mundo e todos os Estados Membros das Nações Unidas empreendam com redobrado esforço a tarefa de promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, de modo a garantir a realização plena e universal desses direitos, determinada a tomar novas medidas em relação ao compromisso da comunidade internacional de promover avanços substanciais na área dos direitos humanos mediante esforços renovados e continuados de cooperação e solidariedade internacionais (preâmbulo).

Ademais, a Declaração de Direitos Humanos de Viena endossa a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos, ao dizer, em seu artigo 5º, que:

Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais.

Afirma, ainda, a interdependência da democracia, dos direitos humanos e do desenvolvimento, enfatizando que “não há direitos humanos sem democracia nem tampouco democracia sem direitos humanos”, ou seja, que “o regime mais compatível com a proteção dos direitos humanos é o regime democrático”⁵⁴⁰.

Acrescente-se, ainda, que a Declaração de Viena de 1993 enuncia que o direito ao desenvolvimento é um direito universal e inalienável, figurando como parte integral dos direitos humanos fundamentais. Enfatize-se que esse “direito ao desenvolvimento” exige uma globalização ética e solidária:

⁵⁴⁰ PIOVESAN, Flávia. 2004. *Op. cit.*, p. 261.

[...] na medida em que os quatro quintos da população mundial não mais aceitam o fato de um quinto da população mundial continuar a construir sua riqueza com base em sua pobreza. Vislumbram-se, assim, os delineamentos de uma cidadania global, a partir do processo de internacionalização dos direitos humanos, que gerou a concepção de direitos universais e internacionais, bem como fomentou uma arquitetura internacional de proteção a esses direitos⁵⁴¹.

Em suma, o sistema internacional contemporâneo de proteção dos direitos humanos apresenta uma dupla função: a de fixar os parâmetros mínimos de proteção aos direitos relacionados à dignidade humana e a de constituir uma instância de proteção dos direitos, quando as instituições nacionais se mostrarem omissas ou falhas. Entra em cena, assim, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, de 1998.

d) o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, de 1998⁵⁴².

Consta no preâmbulo do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, de 1998 que:

Os Estados-partes no presente Estatuto: conscientes de que todos os povos estão unidos por laços comuns e de que as suas culturas foram construídas sobre uma herança que partilham, e preocupados com o fato de este delicado mosaico poder vir a quebrar-se a qualquer instante; tendo presente que, no decurso deste século, milhões de crianças, homens e mulheres têm sido vítimas de atrocidades inimagináveis que chocam profundamente a consciência da humanidade; reconhecendo que crimes de tal gravidade constituem uma ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da humanidade; afirmando que os crimes de maior gravidade que afetam a comunidade internacional no seu conjunto não devem ficar impunes e que a sua repressão deve ser efetivamente assegurada através da adoção de medidas a nível nacional e do reforço da cooperação internacional; decididos a pôr fim à impunidade dos autores desses crimes e a contribuir assim para a prevenção de tais crimes; lembrando que é dever de todo o Estado exercer a respectiva jurisdição penal sobre os responsáveis por crimes internacionais; reafirmando os objetivos e princípios consignados na Carta das Nações Unidas e, em particular, que todos os Estados se devem abster de recorrer à ameaça ou ao uso da força contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado, ou de atuar por qualquer outra forma incompatível com os objetivos das Nações Unidas; salientando, a este propósito, que nada no presente Estatuto deverá ser entendido como autorizando qualquer Estado-parte a intervir num conflito armado ou nos assuntos internos de qualquer Estado; determinados em prosseguir este objetivo e, no interesse das gerações presentes e vindouras, a criar um tribunal penal internacional com caráter permanente e independente no âmbito do sistema das Nações Unidas, e com jurisdição sobre os crimes de maior gravidade que afetem a comunidade internacional no seu conjunto; sublinhando que o Tribunal Penal Internacional criado pelo presente Estatuto será complementar das jurisdições penais nacionais; decididos a garantir o respeito duradouro pela efetivação da justiça internacional [...].

⁵⁴¹ PIOVESAN, Flávia. 2004. *Op. cit.*, p. 261.

⁵⁴² DIREITO INTERNACIONAL, Legislação. **Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. Feito em Roma, aos 17 dias do mês de Julho de 1998, ratificado pelo Decreto do Presidente da República nº 2, publicado no Diário da República nº 15, Série I-A, de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/OI/TPI/Estatuto_Tribunal_Penal_Internacional.htm>. Acesso em: 20 jul. 2008.

O grande desafio do direito internacional dos direitos humanos sempre foi sua concretização efetiva. O amadurecimento social contemporâneo vem permitindo o desenvolvimento de um processo de justicialização do direito internacional, notadamente dos direitos humanos, prova disso é a instalação, pela primeira vez na história, de um Tribunal Penal Internacional, em virtude da entrada em vigor, em 2002, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, de 1998, que, por meio do seu artigo 1º, cria:

[...] um Tribunal Penal Internacional [...]. O Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, de acordo com o presente Estatuto, e será complementar das jurisdições penais nacionais. A competência e o funcionamento do Tribunal reger-se-ão pelo presente Estatuto.

Quanto à competência, nos termos do artigo 5º, a expressão “crimes de maior gravidade com alcance internacional” compreende o crime de genocídio (artigo 6º), os crimes contra a humanidade (artigo 6º), os crimes de guerra (artigo 8º) e os crimes de agressão (parágrafo 2º, do artigo 5º).

Por sua vez, a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, de acordo com os artigos 12 e 13, é adicional e complementar à jurisdição do Estado, ficando condicionada à incapacidade ou à omissão do sistema judicial interno. É que “o Estado tem o dever de exercer sua jurisdição penal contra os responsáveis por crimes internacionais, tendo a comunidade internacional a responsabilidade subsidiária”⁵⁴³.

Além disso, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional consagra o princípio da cooperação, pelo qual os Estados-partes devem cooperar totalmente com o Tribunal Penal Internacional na investigação e no processamento de crimes que estejam sob sua jurisdição. Em assim decidindo, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional foi impulsionado pelo desejo de promover a garantia do direito à justiça, o fim da impunidade e a soberania do Estado, à luz do princípio da complementaridade. Portanto, a jurisdição do Tribunal Penal Internacional não substitui a jurisdição local, mas é a ela complementar e subsidiária⁵⁴⁴.

Consagra, também, o Estatuto em tela, o princípio da universalidade, na medida em que o Estatuto de Roma aplica-se universalmente a todos os Estados-partes, que são iguais

⁵⁴³ PIOVESAN, Flávia. 2004. *Op. cit.*, p. 162-3.

⁵⁴⁴ *Idem, ibidem*, p. 163.

perante o Tribunal Penal, afastando as relações entre vencedores e vencidos, entre Estados “fortes” e Estados “fracos”,⁵⁴⁵.

Enfim, os esforços do sistema das Nações Unidas para garantir o respeito universal e a observância de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais de todas as pessoas, contribuem para a estabilidade e bem-estar necessários à existência de relações pacíficas e amistosas entre as nações, como também para melhorar as condições de paz, segurança e o desenvolvimento social e econômico, em conformidade com a Carta das Nações Unidas (artigo 6º, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional).

Desde então, os Estados e as organizações internacionais, em regime de cooperação com as organizações não-governamentais, são obrigados a criar condições favoráveis nos níveis nacional, regional e internacional para garantir o pleno e efetivo exercício dos direitos humanos, eliminando todas as violações de direitos humanos e as suas causas, bem como os obstáculos à realização desses direitos (artigo 13), eis que “a existência de situações generalizadas de extrema pobreza inibe o pleno e efetivo exercício dos direitos humanos; a comunidade internacional deve continuar atribuindo alta prioridade a medidas destinadas a aliviar e finalmente eliminar situações dessa natureza” (artigo 14).

Atualmente, o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, sem distinções de qualquer espécie, é uma norma fundamental do direito internacional na área dos direitos humanos. A eliminação de qualquer tipo de discriminação e ofensa aos direitos humanos deve ser tarefa prioritária para os Estados e para a comunidade internacional, que devem tomar medidas eficazes para preveni-las e combatê-las.

Assim, a Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, os pactos internacionais que o sucederam, bem como a Convenção de Viena e o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, em conjunto, passam a dominar o pensamento contemporâneo, fazendo com que a denominação “direitos humanos” se consagrasse nos contextos nacional e internacional⁵⁴⁶.

Vê-se, portanto, que a partir do final do século XX a proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade conquistou importância relevante, especialmente em função do desenvolvimento científico e tecnológico. A dignidade da

⁵⁴⁵ PIOVESAN, Flávia. 2004. *Op. cit.*, p. 163.

⁵⁴⁶ SERRANO, Pablo Gimenez. *Op. cit.*, p. 106.

pessoa humana alcançou o patamar de princípio fundamental, ou, segundo a doutrina, a condição de valor essencial, dando unidade ao sistema constitucional, concebido, hoje, como verdadeiro núcleo essencial da hermenêutica constitucional⁵⁴⁷.

É com base nesses fundamentos prévios que se passa a analisar, na segunda parte deste estudo, a internacionalização dos direitos humanos na atualidade e a efetivação desses direitos face à soberania dos Estados contemporâneos.

⁵⁴⁷ LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 37; 54.

PARTE II

CAPÍTULO 1

O PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

1.1 CONCEITO ATUAL DE DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Como visto na primeira parte deste estudo, o cenário mundial das últimas décadas do século passado, que corresponde ao período posterior à Segunda Guerra Mundial (1939-1945) foi (e continua sendo) palco de uma incontestável transformação do direito internacional que, distante de aproximar as discordâncias, serviu de fomento aos questionamentos sobre seus tradicionais princípios, por muito tempo considerados e respeitados como dogmas absolutos e intocáveis. Essas reflexões fizeram emergir a já existente, mas despercebida, tensão dialética entre princípios clássicos, a exemplo da soberania dos Estados, e princípios mais recentes, como a proteção internacional dos direitos humanos⁵⁴⁸.

Por ser um tema bastante atual na história da humanidade, o terreno dos direitos humanos é marcado por dúvidas e tensões que perpassam a confrontação entre o argumento da universalidade dos direitos humanos e a diversidade cultural que pululam o conceito de dignidade humana⁵⁴⁹. Por isso, constitui-se em um dos assuntos mais importantes da agenda internacional contemporânea, cujas razões são claramente identificadas por Denise Hauser:

⁵⁴⁸ GARCIA, Emerson. **Proteção internacional dos direitos humanos**: breves reflexões sobre os sistemas convencional e não-convencional. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p. XV.

⁵⁴⁹ NUNES, João Arriscado. **Apresentação**: um novo cosmopolitismo? Reconfigurando os direitos humanos. p. 15-32. In: BALDI, César Augusto (org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2004. p. 30.

La temática referente a los derechos humanos se reviste de una importancia cada vez mayor en nuestra actualidad. Por un lado en virtud de un significativo crecimiento y fortalecimiento de estos derechos, tanto en el ámbito nacional como internacional, y por otro lado, en virtud de la existencia de un proceso cada vez más violento y sofisticado de negación y violación de estos derechos. [...]. La situación de los derechos humanos en el mundo contemporáneo experimenta una gran paradoja: por un lado, asistimos a un gran avance teórico en su protección nacional e internacional, a través de un gran número de tratados, declaraciones, constituciones, recursos, tribunales y decisiones jurisprudenciales, etc.; mientras que, por otro lado, junto a estos indudables avances teórico-jurídicos e incluso institucionales, asistimos a gravísimas violaciones de los mismos en el orden práctica. En medio a esta realidad posee especial importancia la cuestión relativa a los mecanismos de protección internacional de los derechos humanos⁵⁵⁰.

Várias são as linhas de pesquisa que poderiam ser adotadas para analisar a mudança paradigmática sofrida pelo direito internacional pós-Segunda Guerra Mundial, contudo, optou-se pela discussão acerca da pretensa relativização do princípio da soberania face à efetivação da proteção internacional dos direitos humanos, com o intuito de se verificar em que medida o direito internacional dos direitos humanos pode influenciar a ordem jurídica nacional e se é possível existir uma relação de compatibilidade entre a ordem jurídica internacional e a soberania dos Estados.

O ponto de partida da análise está na idéia de que o ideário da proteção internacional dos direitos humanos desencadeou uma ruptura com o paradigma tradicional do direito internacional público, nascido e desenvolvido como norma reguladora das relações entre os Estados nacionais. Na ênfase de José Manuel Pureza, “a comunidade que o direito internacional contemporâneo é chamado a antecipar na sociedade internacional descentralizada e estatocêntrica é simultaneamente uma comunidade de Estados e uma comunidade de pessoas”. Esse novo centro convergente do direito internacional, no paradigma dos direitos humanos, obriga o analista a abandonar a “ciência normal” do direito internacional público para adentrar no campo das relações entre Estados pautadas pelo princípio da reciprocidade, convidando-o a uma “desconstrução da opacidade - ‘blindagem’⁵⁵¹ [...] - da soberania, penetrando no seu *sanctus sanctorum*: o relacionamento entre o aparelho estatal e cada um dos cidadãos”⁵⁵².

⁵⁵⁰ HAUSER, Denise. *La protección internacional de los derechos humanos y el derecho internacional del desarrollo*. p. 109-123. In: ANNONI, Danielle (coord.). *Os novos conceitos do novo direito internacional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 109.

⁵⁵¹ “O que significa que não estava em jogo a proteção internacional do indivíduo como portador de interesses juridicamente relevantes e autônomos, mas sim a solução de conflitos interestatais radicados num dos elementos do Estado: o elemento pessoal” (PUREZA, José Manuel. **Direito internacional e comunidade de pessoas**: da indiferença aos direitos humanos. p. 73-100. In: BALDI, César Augusto (org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2004. p. 77.

⁵⁵² PUREZA, José Manuel. *Op. cit.*, p. 75-6.

Para tanto, é preciso ter em linha de conta que a construção dos direitos humanos vem de longa data, mas a tomada de consciência da necessidade de uma proteção universal por meio da formação do direito internacional aconteceu apenas depois da Segunda Guerra Mundial. Notadamente, em decorrência dos horrores cometidos durante este período sangrento, é que os direitos humanos passam a figurar como tema relevante do direito internacional contemporâneo. De acordo com Mireya Castillo Daudí, *el moderno derecho internacional de los derechos humanos surge después de la Segunda Guerra Mundial, como reacción a las monstruosas violaciones de tales derechos, cometidas por el régimen hitleriano*⁵⁵³. Como enfatiza Valério de Oliveira Mazzuoli, a normatividade internacional de proteção dos direitos humanos, que se traduz no “direito internacional dos direitos humanos”, foi “conquistada através de incessantes lutas históricas, e consubstanciada em inúmeros tratados concluídos com este propósito, foi fruto de um lento e gradual processo de internacionalização e universalização desses mesmos direitos”⁵⁵⁴. Fabio Floh, ao analisar o tema, constata que:

A quebra de paradigma produzida pela regulamentação dos direitos humanos a partir do fim da Segunda Guerra Mundial foi sentida diretamente no direito internacional, influenciando suas mais diversas áreas, assim como seus próprios fundamentos, o que permitiu a elevação das normas de direito internacional a um nível superior e a promoção, ainda questionada, do indivíduo à condição de sujeito de direito internacional. Mas, acima de tudo [...] permitiu a elevação da condição da sociedade internacional, de uma relação de coexistência marcada por obrigações jurídicas e pela busca de interesses individuais e egoístas, para uma efetiva comunidade internacional, moldada progressivamente pela noção de interesse público e compartilhamento de valores fundamentais comuns, regulamentada juridicamente de forma diversa da observada até então⁵⁵⁵.

Portanto, a efetivação de uma comunidade internacional não é algo que aconteceu de um momento para outro como toque de mágica, ao contrário, o movimento de unificação da humanidade sempre foi constante e sobreviveu ao tempo, acompanhando o próprio sentido da evolução da vida humana. Recorde-se que Roma viveu uma forma rudimentar de unidade estatal. Durante toda a Idade Média permaneceu presente no poder estatal “o desejo de unidade e de força”, na busca de uma “grande unidade política, que tivesse um poder eficaz como o de Roma e que, ao mesmo tempo, fosse livre da influência de fatores tradicionais [rituais religiosos], aceitando o indivíduo como um valor em si

⁵⁵³ DAUDÍ, Mireya Castillo. *Derecho internacional de los derechos humanos*. 2. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006. p. 47.

⁵⁵⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito internacional**: tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro: América Jurídica. 2001a. p. 67.

⁵⁵⁵ FLOH, Fabio. **Direito internacional contemporâneo**: elementos para a configuração de um direito internacional na ordem internacional neo-vestfaliana. p. 219-235. In: CASELLA, Paulo Borba; *et alli* (coords.). *Direito internacional, humanismo e globalidade*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 226.

mesmo”⁵⁵⁶, ou seja, uma unidade política de indivíduos livres. No período moderno, a aspiração à antiga unidade do Estado Romano, não conseguida pelo Estado Medieval, se intensificou e atualmente esse movimento unificador recebe novos impulsos, agora no sentido da solidariedade humana: de um lado, pelas invenções técnico-científicas, fator de ordem técnica, transformador dos meios ou instrumentos de convivência, mas indiferente aos fins; e de outro, pela afirmação dos direitos humanos, elemento de natureza ética, que procura submeter a vida social ao valor supremo da justiça. Disso infere-se que “a elevação progressiva da espécie humana foi seguida, sempre, de um processo de convergência da própria humanidade sobre si mesma”⁵⁵⁷.

É primordial a compreensão da dimensão desse processo de convergência, para dissipar a aparente contradição que a expressão “direitos humanos” traz consigo. Obviamente que todos os direitos são direitos humanos, pois que apenas o ser humano é sujeito de direitos, porém, o sentido no qual são empregadas as referidas palavras “designa aquilo que é inerente à própria condição humana, sem elo com particularidades determinadas de grupos ou indivíduos”⁵⁵⁸.

A necessidade sempre premente de dar proteção e efetividade aos direitos humanos fez surgir, em nível internacional, uma disciplina vinculada ao direito internacional público, que se denominou chamar de “direito internacional dos direitos humanos”, cuja finalidade basilar é concretizar a eficácia plena dos direitos humanos, por meio de normas tuteladoras de bens primordiais da vida, a exemplo da própria vida humana, da dignidade, da liberdade, da segurança, da honra, dentre outros, com previsões de instrumentos jurídicos e políticos de implementação. Essa concepção no sentido da proteção dos direitos humanos, bem como sua positivação em diplomas internacionais, foi tomando forma por meio de “importantes declarações sem caráter vinculativo, para, na seqüência, assumirem forma de tratados internacionais, com o objetivo de obrigarem os países signatários ao cumprimento de suas normas”⁵⁵⁹. Todo o processo, contudo, é bastante recente, cujo fator “juventude”, agregado à dimensão espacial de incidência do direito internacional dos direitos humanos, à complexidade cosmopolita e às diversidades culturais, praticamente impossibilitam qualquer tentativa de dar respostas às indagações cada vez mais latentes.

⁵⁵⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. 1993. *Op. cit.*, p. 56.

⁵⁵⁷ MIGUEL, Alexandre. *Op. cit.*, p. 292-3.

⁵⁵⁸ *Idem, ibidem*, p. 312.

⁵⁵⁹ *Ibid*, p. 312.

Conforme Flávia Piovesan, se a Segunda Guerra Mundial significou a ruptura, o pós-guerra deveria significar a reconstrução dos direitos humanos. É neste cenário que se desenha o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea⁵⁶⁰.

Notadamente depois da Segunda Guerra Mundial, ocorreu uma irrupção no sentido da proteção do ser humano, que acabou proclamada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, “agora e pela primeira vez em toda a história, com o expresso cunho da universalidade”. Essa rede de proteção dos direitos humanos, que vem se desencadeando no plano internacional, busca converter o interesse da comunidade internacional e a necessidade de redefinição do que é matéria de exclusiva jurisdição doméstica dos Estados, num sistema normativo de proteção de direitos humanos, com a criação de um complexo *corpus juris*. Esse corpo jurídico universal acabou por configurar uma nova disciplina da ciência jurídica contemporânea dotada de autonomia e denominada de “direito internacional dos direitos humanos”⁵⁶¹.

É a partir da aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, e da concepção contemporânea de direitos humanos por ela introduzida, que começa a se desenvolver o direito internacional dos direitos humanos, mediante a adoção de inúmeros tratados internacionais voltados à proteção de direitos fundamentais. Forma-se o sistema normativo global de proteção dos direitos humanos no âmbito das Nações Unidas. Esse sistema normativo é integrado por instrumentos de alcance geral, a exemplo dos Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, e por instrumentos de alcance específico, como as convenções internacionais que buscam responder a determinadas violações de direitos humanos, como a tortura, a discriminação racial, a discriminação contra as mulheres, a violação dos direitos das crianças, dentre outras formas de violação⁵⁶².

Desta feita, o processo de universalização dos direitos humanos, por meio da construção de um novo ramo jurídico, permitiu a formação de um sistema normativo

⁵⁶⁰ PIOVESAN, Flávia. **Proteção internacional dos direitos humanos**: desafios e perspectivas. In: *Revista de Direito Internacional e Econômico*, ano 1, nº 2, p. 85-99. Publicação Oficial do Instituto Nacional do Contencioso Econômico - INCE/Síntese, jan./fev./mar. 2003a. p. 87.

⁵⁶¹ MIGUEL, Alexandre. *Op. cit.*, p. 310.

⁵⁶² PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos globais, justiça internacional e o Brasil**. p. 239-254. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; PERRONE-MOISÉS, Cláudia (orgs.). *O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999a (Biblioteca Edusp de Direito; 6). p. 242.

internacional de proteção desses direitos. Na lição de André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros:

[...] em termos de ciência política, tratou-se apenas de transpor e adaptar ao direito internacional a evolução que no direito interno já se dera, no início do século, do Estado-Polícia para o Estado-providência. Mas foi o suficiente para o direito internacional abandonar a fase clássica, como o direito da paz e da guerra, para passar à era nova ou moderna da sua evolução, como direito internacional da cooperação e da solidariedade⁵⁶³.

Importante enfatizar que, a partir do momento que um Estado acolhe um aparato internacional de proteção, notadamente o de direitos humanos, bem como as obrigações internacionais dele decorrentes, aceita, concomitantemente, o monitoramento internacional no que se refere ao modo pelo qual os direitos fundamentais deverão ser respeitados, isto é, o Estado passa:

[...] a consentir no controle e fiscalização da comunidade internacional, quando, em casos de violação a direitos fundamentais, a resposta das instituições nacionais se mostra insuficiente e falha, ou, por vezes, inexistente. Enfatize-se, contudo, que a ação internacional é sempre uma ação suplementar, constituindo uma garantia adicional de proteção dos direitos humanos⁵⁶⁴.

Disso infere-se que a teoria que visa à proteção internacional dos direitos humanos é uma das críticas mais poderosas à tradicional concepção de soberania absoluta estatal. Recorde-se que a teoria tradicional de soberania:

[...] significa o caráter supremo do poder estatal, que se traduz extremamente pela ausência de subordinação a qualquer autoridade estrangeira, a não ser por via de consentimento, expresso em tratado, e internamente pela predominância do Estado sobre o poderio de quaisquer grupos ou indivíduos, dentro do âmbito de seu território. Em síntese, portanto, um poder incondicionado (dimensão positiva), que não se subordina a nenhum outro (dimensão negativa)⁵⁶⁵.

A normatização e a prática dos direitos humanos têm contribuído sobremaneira para uma transformação gradual, significativa e irreversível da soberania no mundo moderno⁵⁶⁶. O que não se sabe ao certo é qual a extensão dessas mudanças e seus efeitos

⁵⁶³ André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros *apud* PIOVESAN, Flávia. 1999a. *Op. cit.*, p. 242.

⁵⁶⁴ “Cabe observar que é do Estado a responsabilidade primária com relação à reparação de violações de direitos humanos, tendo a comunidade internacional a responsabilidade subsidiária. Assim, a jurisdição do Tribunal Internacional é adicional e complementar à do Estado, ficando, pois, condicionada à incapacidade ou à omissão do sistema judicial interno. Para o exercício da jurisdição internacional também é necessária a adesão do Estado ao tratado, ou seja, o Estado deve reconhecer expressamente a jurisdição internacional. Note-se que a adesão ao tratado não comporta reservas, devendo o Estado ratificá-lo na íntegra e sem ressalvas. Acrescente-se ainda que a jurisdição é automática para os países que subscreverem o tratado, isto é, as investigações e processos internacionais não dependem de qualquer autorização prévia - todavia, o Conselho de Segurança da ONU tem o poder de suspendê-los mediante resolução” (PIOVESAN, Flávia. 1999a. p. 250). Flávia Piovesan *apud* MIGUEL, Alexandre. *Op. cit.*, p. 310-11.

⁵⁶⁵ LAFER, Celso. 1977. *Op. cit.*, p. 2.

⁵⁶⁶ MIGUEL, Alexandre. *Op. cit.*, p. 311.

nas relações humanas tanto no sentido interno (nacional) quanto externo (internacional).
Até por que:

O direito em nenhuma época pode ser considerado absoluto, pois tudo muda com a evolução dos tempos, sendo para tanto necessária também uma mudança de comportamento. Da mesma forma ocorreu com os direitos humanos, que passaram por uma grande transformação no século XX, culminando com sua incorporação no plano internacional, o que se deu através de documentos, pactos e declarações, que se tornaram verdadeiros meios de proteção contra as violações do direito. Os direitos humanos são normas que objetivam preservar o ser humano e sua dignidade, defendendo-o dos abusos de poder cometidos pelos órgãos do Estado⁵⁶⁷.

Na síntese de Antônio Augusto Cançado Trindade, que relata em poucas palavras a história dos direitos humanos no contexto internacional:

Ao longo dos anos passariam a coexistir inúmeros instrumentos internacionais de proteção, de origens, natureza e efeitos jurídicos distintos ou variáveis (baseados em tratados e resoluções), de diferentes âmbitos de aplicação (nos planos global e regional), distintos também quanto aos seus destinatários ou beneficiários (tratados ou instrumentos gerais, e setoriais), e quanto a seu exercício de funções e a seus mecanismos de controle e supervisão (essencialmente, os métodos de petições ou denúncias, de relatórios, e de investigações). Formou-se, assim, gradualmente, um complexo *corpus juris*, em que, no entanto, a unidade conceitual dos direitos humanos veio a transcender tais diferenças, inclusive quanto às distintas formulações de direitos nos diversos instrumentos⁵⁶⁸.

Por trás dessa “unidade conceitual”, que teve força suficiente para ultrapassar os limites e as diferenças dos diversos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos criados ao longo do tempo, sempre se fizeram latentes “as premissas básicas de que os direitos proclamados são inerentes ao ser humano, anteriores, portanto, a toda e qualquer forma de organização política ou social, e de que a proteção de tais direitos não se esgota - não pode se esgotar - na ação do Estado”. E é justamente quando “as vias internas ou nacionais se mostram incapazes de assegurar a salvaguarda desses direitos que são acionados os instrumentos internacionais de proteção”⁵⁶⁹. Na ênfase de José Manuel Pureza:

Repousa sobre a dolorosa concretização desta insuficiência a convocação a uma proteção internacional dos indivíduos enquanto tais, para lá dos vínculos da nacionalidade. Tal transfiguração supõe um entendimento dos direitos humanos de matriz originariamente internacional e, portanto, algo de qualitativamente

⁵⁶⁷ ROSSI, Maria Fernanda Figueira. **A evolução dos direitos humanos e seu alcance internacional**. p. 343-348. In: RIBEIRO, Maria de Fátima; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (coords.). *Direitos internacionais dos direitos humanos: estudos em homenagem à Professora Flávia Piovesan*. 1. ed., 2004, 3ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2006. p. 343.

⁵⁶⁸ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997)**: as primeiras cinco décadas. 2. ed. BRASÍLIA, Editora Universidade de Brasília, 2000. p. 24.

⁵⁶⁹ *Idem, ibidem*, p. 24.

distinto dos catálogos e sistemas institucionais de proteção “nacional” dos direitos fundamentais⁵⁷⁰.

Essa idealização de um direito internacional dos direitos humanos aconteceu ainda durante a Segunda Guerra Mundial, quando na Conferência de São Francisco, realizada entre 25 de abril e 16 de junho de 1945, representantes de cinquenta países redigiram e aprovaram por unanimidade a Carta das Nações Unidas, que previa em seu texto a criação de uma organização que substituisse a então Sociedade das Nações, fazendo nascer a Organização das Nações Unidas - ONU, oficialmente fundada a 24 de outubro de 1945, com sede em Nova Iorque. Os dois mais importantes documentos da Organização das Nações Unidas e que expressam seus princípios são: a Carta das Nações Unidas, de 1945, e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. Nas constatações de Celso Lafer:

O término da Segunda Guerra Mundial contribuiu para o aparecimento de uma dimensão verdadeiramente universal no relacionamento entre os povos e os Estados, e esta unificação da história levou, com a criação da Organização das Nações Unidas, a um novo esforço de constitucionalização da ordem internacional⁵⁷¹.

A Carta da Organização das Nações Unidas, de 1945, fez menção aos direitos humanos, porém, só foram estabelecidos num documento jurídico autônomo em 1948, por meio da “Declaração Universal de Direitos Humanos”⁵⁷².

Em essência, a semente do caráter universal, no sentido de interdependência, inter-relacionamento e indivisibilidade dos direitos humanos foi plantada na referida Carta das Nações Unidas, afirmada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, e reafirmada no parágrafo 5º, da Declaração e Programa de Ação de Viena, adotada na Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, realizada em 25 de junho de 1993.

No texto da Carta das Nações Unidas, consta o seguinte enunciado:

Nós, os povos das nações unidas, decididos: a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra que por duas vezes, no espaço de uma vida humana, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade; a reafirmar a nossa fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações, grandes e pequenas; a estabelecer as condições necessárias à manutenção da justiça e do respeito das obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional; a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de um conceito mais amplo de liberdade. E para tais fins: a praticar a

⁵⁷⁰ PUREZA, José Manuel. *Op. cit.*, p. 79 (grifo do autor).

⁵⁷¹ LAFER, Celso. **Ordem, poder e consenso**: caminhos da constitucionalização do direito internacional. In: *As tendências atuais do direito público*. Estudos em homenagem ao Professor Afonso Arinos de Melo Franco. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 94.

⁵⁷² ALMEIDA, Guilherme Assis de. 2007. *Op. cit.*, p. 1.

tolerância e a viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos; a unir nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais; a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição de métodos, que a força armada não será usada, a não ser no interesse comum; a empregar mecanismos internacionais para promover o progresso econômico e social de todos os povos; resolvemos conjugar os nossos esforços para a consecução desses objetivos. Em vista disso, os nossos respectivos governos, por intermédio dos seus representantes reunidos na cidade de São Francisco, depois de exibirem os seus plenos poderes, que foram achados em boa e devida forma, adotaram a presente Carta das Nações Unidas e estabelecem, por meio dela, uma organização internacional que será conhecida pelo nome de “Nações Unidas”.

Como já dito e aqui reafirmado por Victoria Abellán:

[...] é a primeira vez que no nível jurídico internacional o direito dos indivíduos (os direitos humanos e as liberdades fundamentais), as obrigações dos Estados (cooperação para sua realização) e sua aplicação (a Organização deverá promover a efetividade desses direitos e liberdades), são assim ligados, estabelecendo, portanto, as bases para a formação do direito internacional dos direitos humanos, cujo núcleo é a proteção do indivíduo enquanto tal⁵⁷³.

Os objetivos da Carta das Nações Unidas, dentre outros, são: a) manter a paz e a segurança internacionais; b) desenvolver as relações de amizade entre as nações baseadas no respeito do princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos; e c) realizar a cooperação internacional, resolvendo os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, promovendo e estimulando o respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua, religião⁵⁷⁴ ou “qualquer outro critério discriminatório”⁵⁷⁵.

Ao analisar as dimensões do sentido da universalidade dos direitos humanos, Antonio Remiro Brotons ressalta que:

La “universalidad” es inherente a los derechos humanos fundamentales porque se trata de derechos que son expresión de la dignidad intrínseca de todo individuo, debiendo, en este sentido, ser aceptados y respetados por todos los Estados, con independencia de su sistema ideológico-político, económico y socio-cultural. La Carta de Las Naciones Unidas expresa de forma categórica exigiendo en su preámbulo su cumplimiento como esencial condición de paz y comprometiéndose (artículo 55⁵⁷⁶) a promover su respeto “universal”. Esta

⁵⁷³ Victoria Abellán *apud* BERARDO, Telma. 2003. *Op. cit.*, p. 78.

⁵⁷⁴ Artigo 1º, da Carta das Nações Unidas, de 1945.

⁵⁷⁵ GUERRA, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues. **Direito internacional dos direitos humanos**: nova mentalidade emergente pós-1945. Apresentação de Flávia Piovesan. 1ª ed, 2006, 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2007. p. 21.

⁵⁷⁶ “Artigo 55: com o fim de criar condições de estabilidade e bem-estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito do princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas promoverão: a) a elevação dos níveis de vida, o pleno emprego e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social; b) a solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, de saúde e conexos, bem como a cooperação internacional, de caráter cultural e educacional; e c) o respeito universal e efetivo dos direitos do homem e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião” (Carta das Nações Unidas, de 1945).

concepción, asumida por la no en balde titulada “Declaración Universal de Derechos Humanos” (1948) y los numerosos instrumentos que la han desarrollado, fue confirmada por la “Conferencia Mundial” que, si bien llama la atención sobre la “importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos”, salvaguarda al fin el carácter universal de los derechos y libertades, sobre el que “no admite dudas”⁵⁷⁷.

Durante o processo de elaboração da Carta das Nações Unidas, alguns grupos articularam a possibilidade e mesmo a essencialidade de se anexar ao texto uma declaração de direitos humanos, mas apesar dos esforços desses movimentos, não conseguiram êxito. Contudo, logo depois da sua elaboração, a própria Organização das Nações Unidas percebeu a necessidade de uma atuação mais incisiva em defesa dos direitos humanos, decidindo, desse modo, elevá-los a nível internacional, tomando como finalidade primeira a promoção desses direitos. Conforme Flávia Piovesan:

A Carta das Nações Unidas, de 1945, consolida o movimento de internacionalização dos direitos humanos, a partir do consenso de Estados que elevam a promoção desses direitos a propósito e finalidade das Nações Unidas. Definitivamente, a relação de um Estado com seus nacionais passa a ser uma problemática internacional, objeto de instituições internacionais e do direito internacional. Basta, para tanto, examinar o texto da referida Carta das Nações Unidas⁵⁷⁸.

Neste sentido, Mireya Castillo Daudí constata que *la consecuencia fundamental que se deriva de el conjunto de las disposiciones anteriores es que, al incluirse la protección de los derechos humanos en la Carta de las Naciones Unidas, que es un tratado internacional, resta consagrada la internacionalización de los derechos humanos, que, de esta forma, deja de ser, definitivamente, materia “de la jurisdicción interna de los Estados”⁵⁷⁹*, no sentido do artigo 2º, número 7, da Carta das Nações Unidas, *in verbis*:

Artigo 2º: [...]. 7. Nenhuma disposição da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervir em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição interna de qualquer Estado, ou obrigará os membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta; este princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas constantes do capítulo VII.

Assim, pode-se afirmar que *la Carta de la Organización de las Naciones Unidas introduce los derechos humanos en el ordenamiento internacional, abriendo la “jaula de*

⁵⁷⁷ BROTONS, Antonio Remiro. *Derecho internacional*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007. p. 1181 (grifos do autor).

⁵⁷⁸ Flávia Piovesan *apud* ROSSI, Maria Fernanda Figueira. *Op. cit.*, p. 347.

⁵⁷⁹ DAUDÍ, Mireya Castillo. *Op. cit.*, p. 51 (grifo da autora).

hierro” que el Estado representaba para la condición jurídica del individuo en el derecho internacional⁵⁸⁰.

Mireya Castillo Daudí prossegue em sua análise, esclarecendo que:

La obra de las Naciones Unidas, que actualmente es una organización internacional universal, compuesta por 192 Estados, ha contribuido sustancialmente a la universalización de los derechos humanos. La asunción por parte de la Organización de las Naciones Unidas de la obligación de promover el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos, y la aceptación por sus Estados Miembros de la obligación de cooperar con ella en la promoción de tales derechos y libertades, ha hecho posible que la Organización de las Naciones Unidas emprendiera la tarea de definir y codificar esos derechos. De esta forma, con el transcurso del tiempo, los esfuerzos de la Organización de las Naciones Unidas y de sus Estados miembros han permitido la adopción de resoluciones y de numerosos convenios internacionales cuyo objeto es la protección de los derechos humanos y la creación de instituciones internacionales destinadas a garantizar su respeto. La Organización de las Naciones Unidas ha desarraigado además otros mecanismos extraconvencionales de protección de los derechos humanos, en el sentido de que se trata de mecanismos de protección creados por resoluciones de la Organización de las Naciones Unidas, y no por tratados específicos de derechos humanos, a modo de alternativa y de superación de los obstáculos que presentan los procedimientos convencionales de protección⁵⁸¹.

E foi sobre o texto da Carta das Nações Unidas, de 1945, que a Assembléia Geral, em sua terceira sessão ordinária, aprovou em Paris, no dia 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Foi assim que a humanidade despertou para a proteção dos direitos humanos além do âmbito interno de cada país, eis que:

Era preciso a colaboração de cada Estado para que os direitos humanos e as liberdades fundamentais fossem respeitados e passassem a alcançar a todos, criando melhores condições a cada ser humano, independente do território em que viviam. Após redigir a Carta das Nações Unidas era necessário elaborar um documento capaz de sistematizar o conteúdo de referida Carta⁵⁸².

Já no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, está expresso que:

A Assembléia Geral proclama: a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

⁵⁸⁰ DAUDÍ, Mireya Castillo. *Op. cit.*, p. 51 (grifo da autora).

⁵⁸¹ *Idem, ibidem*, p. 53-4.

⁵⁸² ROSSI, Maria Fernanda Figueira. *Op. cit.*, p. 347.

Esta declaração representa a interpretação das expressões “direitos humanos” (artigo 1º, número 3⁵⁸³) e “liberdades fundamentais” (artigo 55⁵⁸⁴), da Carta das Nações Unidas, concebendo-as como “um ideal comum a ser atingido por todos os povos e nações”⁵⁸⁵. Conforme Mireya Castillo Daudí:

*La Declaración Universal de los Derechos Humanos es el primer instrumento internacional general, de carácter universal, que enuncia derechos que se reconocen a toda persona. Por razones morales, políticas y jurídicas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos tiene la importancia de un texto histórico en la lucha por la libertad y la dignidad humana, en la línea de otros como la Carta Magna (1215), el Bill of Rights (1689), la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia (1776), o la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789)*⁵⁸⁶.

Ao longo de seus trinta artigos textuais, precedidos de um preâmbulo com sete itens, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, reconhece a dignidade humana, o ideal democrático, o direito de resistência à opressão, e a concepção comum desses direitos.

Em suma, nos artigos 1º ao 21 estão proclamados os direitos e garantias individuais (igualdade, dignidade, direito à vida, à liberdade, à segurança pessoal, à nacionalidade, etc); nos artigos 22 ao 28, consta o elenco dos direitos sociais do ser humano (direito à segurança social e à satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à dignidade da pessoa humana e ao livre desenvolvimento de sua personalidade, direito ao trabalho, direitos à previdência e seguro social, etc.); o artigo 29 proclama os deveres da pessoa para com a comunidade, e finalmente o artigo 30 estabelece o princípio da interpretação da declaração, sempre em benefício dos direitos e liberdades nela proclamados. Consiste numa verdadeira:

[...] demonstração de reconhecimento da dignidade do ser humano com todos os valores inerentes ao homem contemporâneo. Neste processo de modernização pelo qual passa a raça humana, fica claro que esse processo de valorização do

⁵⁸³ “Artigo 1º: os objetivos das Nações Unidas são: [...]. 3. Realizar a cooperação internacional, resolvendo os problemas internacionais de carácter económico, social, cultural ou humanitário, promovendo e estimulando o respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião; [...]” (Carta das Nações Unidas, de 1945).

⁵⁸⁴ “Artigo 55: com o fim de criar condições de estabilidade e bem-estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito do princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas promoverão: a) a elevação dos níveis de vida, o pleno emprego e condições de progresso e desenvolvimento económico e social; b) a solução dos problemas internacionais económicos, sociais, de saúde e conexos, bem como a cooperação internacional, de carácter cultural e educacional; e c) o respeito universal e efetivo dos direitos do homem e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião” (Carta das Nações Unidas, de 1945).

⁵⁸⁵ GUERRA, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues. *Op. cit.*, p. 22.

⁵⁸⁶ DAUDÍ, Mireya Castillo. *Op. cit.*, p. 56.

indivíduo passa pela afirmação dos direitos humanos, com base na solidariedade humana principalmente dentro do contexto da internacionalização”⁵⁸⁷.

Trata-se, portanto, de uma “forma jurídica encontrada pela comunidade internacional de eleger os direitos essenciais para a preservação da dignidade do ser humano”. Por isso, “em sua real dimensão”, deve ser concebido como “um libelo contra toda e qualquer forma de totalitarismo”⁵⁸⁸. Na interpretação de Guilherme Assis de Almeida, os trinta artigos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, têm por escopo dois pontos essenciais que se complementam mutuamente: a) incrustar o respeito da dignidade da pessoa humana na consciência da comunidade universal e b) evitar o ressurgimento da idéia e da prática da descartabilidade do ser humano⁵⁸⁹.

Durante os trabalhos preparatórios de elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos, Eleanor Roosevelt assim a definiu:

[...] isso não é um tratado, isso não é um acordo internacional. Ela não tem e não visa a ter força de lei. Isso é uma declaração de princípios sobre os direitos e liberdades fundamentais do homem destinados a serem aprovados pelo voto formal dos membros da Assembléia Geral⁵⁹⁰.

Celso Lafer define a Declaração Universal dos Direitos Humanos como um evento matriz que dá origem a uma nova política de direito voltada para a proteção do ser humano, sendo que coube ao direito internacional dos direitos humanos transformar essa meta inicial em “direito positivo”, tanto que a principal característica deste ramo jurídico é justamente ser um direito protetivo: “trata-se essencialmente de um direito de proteção, marcado por uma lógica própria, e voltado à salvaguarda dos direitos dos seres humanos e não dos Estados”⁵⁹¹.

Para explanar seu conceito da Declaração Universal dos Direitos Humanos, René Cassin a compara, exemplificativamente, com o “pórtico de um templo”:

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi comparada por nós ao vasto pórtico de um templo, no qual o terreno é formado pelo preâmbulo afirmando a unidade da família humana e as bases e os sustentáculos são constituídos pelos princípios gerais de liberdade, igualdade, não-discriminação e fraternidade proclamados nos artigos 1º e 2º⁵⁹². [...]. A Declaração Universal dos Direitos

⁵⁸⁷ LEITE, Kátia Rúbia. **Direitos humanos**: evolução e tendências contemporâneas. In: *Revista Jurídica*, Curso de Direito da UniEvangélica. Anápolis, nº 10 de jul./dez. 2004. p. 72.

⁵⁸⁸ ALMEIDA, Guilherme Assis de. 2007. *Op. cit.*, p. 2.

⁵⁸⁹ *Idem, ibidem*, p. 2.

⁵⁹⁰ Eleanor Roosevelt *apud* ALMEIDA, Guilherme Assis de. 2007. *Op. cit.*, p. 2.

⁵⁹¹ Celso Lafer *apud* ALMEIDA, Guilherme Assis de. 2007. *Op. cit.*, p. 2.

⁵⁹² “Artigo 1º: todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade. Artigo 2º: toda pessoa tem

Humanos pode ser considerada um pórtico de quatro colunas, a primeira das quais sustenta o direito à vida, à liberdade física e à segurança jurídica da pessoa; a segunda forma a base dos laços do indivíduo com os grupos (família, nações), com os lugares (domicílio, circulação) e com os bens (propriedade); a terceira se refere às faculdades espirituais, às liberdades públicas e aos direitos políticos; e a quarta, finalmente, simétrica com a primeira, é a dos direitos econômicos, sociais e culturais, notadamente os que concernem ao trabalho, à segurança social, à educação, à vida cultural, à proteção dos criadores de obras artísticas, literárias e científicas⁵⁹³.

Em essência, a Declaração Universal dos Direitos Humanos consagrou um conjunto de princípios que “devem” (ou deveriam) serem atingidos por todos os povos, resultando na evolução dos direitos humanos para o plano universal, o que permitiu que qualquer pessoa o invocasse contra qualquer Estado e reclamasse para si as condições humanas ali estabelecidas. Além disso, tornou-se obrigatório o respeito pelos princípios e regras relativos aos direitos fundamentais da pessoa humana por cada Estado, perante os outros Estados⁵⁹⁴.

Na interpretação de Dalmo de Abreu Dallari, o exame dos artigos da Declaração Universal dos Direitos Humanos revela a consagração de três objetivos fundamentais: certeza, segurança e possibilidade. Nas suas explicações:

A “certeza” dos direitos, exigindo que haja uma fixação “prévia” e “clara” dos direitos e deveres, para que os indivíduos possam gozar dos direitos ou sofrer imposições; a “segurança” nos direitos impondo uma série de normas tendentes a garantir que, em “qualquer circunstância”, os direitos fundamentais serão respeitados; a “possibilidade” dos direitos, exigindo que se procure assegurar a todos os indivíduos os meios necessários à fruição dos direitos, não se permanecendo no formalismo cínico e mentiroso da afirmação de igualdade de direitos onde grande parte do povo vive em condições subumanas⁵⁹⁵.

Esta declaração orienta a aplicação universal dos direitos humanos, mas permite a flexibilidade de interpretação de seus princípios, no sentido de possibilitar o respeito às diversidades culturais de cada Estado.

Além de dispor sobre direitos civis e políticos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos introduziu, em seu conteúdo, direitos sociais, econômicos e culturais, situação que, “nesse aspecto, representa uma inovação no campo dos direitos humanos. Trata-se de um documento que buscou proporcionar aos direitos humanos e às liberdades

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” (Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948).

⁵⁹³ René Cassin *apud* ALMEIDA, Guilherme Assis de. 2007. *Op. cit.*, p. 2-3.

⁵⁹⁴ ROSSI, Maria Fernanda Figueira. *Op. cit.*, p. 347.

⁵⁹⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Op. cit.*, p. 179 (grifos do autor).

fundamentais um reconhecimento internacional”⁵⁹⁶. Sobre o assunto, Mireya Castillo Daudí informa que:

*La Declaración Universal de los Derechos Humanos enuncia derechos civiles y políticos, por una parte, y derechos económicos sociales y culturales, por otra, formulando, a su manera, el postulado de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, que sería formalmente reconocido y proclamado años más tarde*⁵⁹⁷.

Neste sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos constitui-se no marco maior do processo de reconstrução dos direitos humanos, pois que “introduz a concepção contemporânea de direitos humanos, caracterizada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos”. Este sistema é integrado por tratados internacionais de proteção que refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais aos direitos humanos⁵⁹⁸. Desta feita, confere o lastro axiológico e unidade valorativa a este campo do direito, com ênfase na universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos. Como afirma Norberto Bobbio:

*Somos tentados a descrever o processo de desenvolvimento que culmina da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, também de um outro modo, servindo-nos das categorias tradicionais do direito natural e do direito positivo: os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais. A Declaração Universal dos Direitos Humanos contém em germe a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos, e termina na universalidade não mais abstrata, mas também ela concreta, dos direitos positivos universais*⁵⁹⁹.

Na interpretação de Flávia Piovesan, a expressão “universalidade” significa que a Declaração Universal dos Direitos Humanos clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a dignidade e titularidade de direitos; e o termo “indivisibilidade” é formulado no sentido de que a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Destarte, “quando um deles é violado, os demais também o são”. Ainda de acordo com a citada autora, “os direitos humanos compõem assim uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o

⁵⁹⁶ ROSSI, Maria Fernanda Figueira. *Op. cit.*, p. 347.

⁵⁹⁷ DAUDÍ, Mireya Castillo. *Op. cit.*, p. 56.

⁵⁹⁸ PIOVESAN, Flávia. 2003a. *Op. cit.*, p. 90.

⁵⁹⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Regina Lyra. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier/Campus, 2004. p. 50.

catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais”⁶⁰⁰.

Hector Gros Espiell, ao analisar a indivisibilidade e a interdependência dos direitos humanos, pontua que:

Só o reconhecimento integral de todos estes direitos pode assegurar a existência real de cada um deles, já que sem a efetividade de gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais. Inversamente, sem a realidade dos direitos civis e políticos, sem a efetividade da liberdade entendida em seu mais amplo sentido, os direitos econômicos, sociais e culturais carecem, por sua vez, de verdadeira significação. Esta idéia da necessária integralidade, interdependência e indivisibilidade quanto ao conceito e à realidade do conteúdo dos direitos humanos, que de certa forma está implícita na Carta das Nações Unidas, se compila, se amplia e se sistematiza em 1948, na Declaração Universal de Direitos Humanos, e se reafirma definitivamente nos Pactos Universais de Direitos Humanos, aprovados pela Assembleia Geral em 1966, e em vigência desde 1976, na Proclamação de Teerã de 1968 e na Resolução da Assembleia Geral, adotada em 16 de dezembro de 1977, sobre os critérios e meios para melhorar o gozo efetivo dos direitos e das liberdades fundamentais (Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas nº 32/130)⁶⁰¹⁶⁰².

Em decorrência do caráter da indivisibilidade dos direitos humanos, Flávia Piovesan afirma que deve ser afastada, em definitivo:

[...] a equivocada noção de que uma classe de direitos (a dos direitos civis e políticos) merece inteiro reconhecimento e respeito, enquanto outra classe de direitos (a dos direitos sociais, econômicos e culturais), ao revés, não merece qualquer observância. Sob a ótica normativa internacional, está definitivamente superada a concepção de que os direitos sociais, econômicos e culturais não são direitos legais⁶⁰³.

⁶⁰⁰ PIOVESAN, Flávia. 2003a. *Op. cit.*, p. 87.

⁶⁰¹ “Como estabeleceu a Resolução nº 32/130 da Assembleia Geral das Nações Unidas: ‘todos os direitos humanos, qualquer que seja o tipo a que pertencem, se inter-relacionam necessariamente entre si, e são indivisíveis e interdependentes’. Esta concepção foi reiterada na Declaração de Viena de 1993, quando afirma, em seu título I, parágrafo 5º, que os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados [‘todos os direitos humanos são universais, indivisíveis interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais’]”. “Sobre a Resolução nº 32/130 afirma Antonio Augusto Cançado Trindade que ‘aquela Resolução, ao endossar a asserção da Proclamação de Teerã de 1968, reafirmou a indivisibilidade a partir de uma perspectiva globalista, e deu prioridade à busca de soluções para as violações maciças e flagrantes dos direitos humanos. Para a formação deste novo ethos, fixando parâmetros de conduta em torno de valores básicos universais, também contribuiu o reconhecimento da interação entre os direitos humanos e a paz consignado na Ata Final de Helsinque de 1975” (PIOVESAN, Flávia. **Os cinquenta anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos**. In: *Revista Judice* - Revista Jurídica de Mato Grosso. 2. ed. Justiça Federal: Seção Judiciária do Estado do Mato Grosso, jan./abr. 1999b. Disponível em: <<http://www.mt.trf1.gov.br/judice/jud2/duh50.htm>>. Acesso em: 02 set. 2008. p. 1 e nota 8 - grifos da autora).

⁶⁰² Hector Gros Espiell *apud* PIOVESAN, Flávia. 2003a. *Op. cit.*, p. 87.

⁶⁰³ PIOVESAN, Flávia. 2003a. *Op. cit.*, p. 87.

Ademais, enfatiza que “a idéia da não-acionabilidade dos direitos sociais é meramente ideológica e não científica”, eis que são “autênticos e verdadeiros direitos fundamentais”, e, portanto, “acionáveis, exigíveis e demandam séria e responsável observância”. Destarte, “devem ser reivindicados como direitos e não como caridade ou generosidade”⁶⁰⁴.

Desde então os Estados são estimulados a proteger e a defender os direitos humanos, pois que a Declaração Universal dos Direitos Humanos “representa verdadeira regra de conduta que deve ser observada e respeitada por todos os que integram a comunidade internacional, na tentativa de incorporá-los em suas Constituições, elevando seu reconhecimento universal”⁶⁰⁵. Porém, no intento de concretizar essa tarefa, os Estados vêm enfrentando dificuldades, notadamente no quesito de “dar eficácia” aos internacionalmente consagrados direitos humanos. Na constatação de Dalmo de Abreu Dallari:

O grande problema, ainda não resolvido, é a consecução de eficácia das normas de declaração de direitos. Proclamadas como normas jurídicas, anteriores aos Estados, elas devem ser aplicadas independentemente de sua inclusão nos direitos dos Estados pela formalização legislativa. Entretanto, inexistindo um órgão que possa impor sua efetiva aplicação ou impor sanções em caso de inobservância, muitas vezes os próprios Estados que subscreveram a Declaração agem contra suas normas, sem que nada possa ser feito. Adotou-se a praxe de incluir nas próprias Constituições um capítulo referente aos direitos e garantias individuais, justamente porque, dessa forma, incorporadas ao direito positivo dos Estados, aquelas normas adquirem plena eficácia. Entretanto, quando qualquer governo, valendo-se de uma posição de força, ignora a Constituição e desrespeita as normas da Declaração Universal dos Direitos Humanos, os demais Estados ou a própria Organização das Nações Unidas se limitam a fazer protestos, quase sempre absolutamente inócuos. Em conclusão, pode-se afirmar que a proclamação dos direitos humanos, com a amplitude que teve, objetivando a certeza e a segurança dos direitos, sem deixar de exigir que todos os homens tenham a possibilidade de aquisição e gozo dos direitos fundamentais, representou um progresso. Mas sua efetiva aplicação ainda não foi conseguida, apesar do geral reconhecimento de que só o respeito a todas as suas normas poderá conduzir a um mundo de paz e de justiça social⁶⁰⁶.

Os direitos humanos, que além de “direitos” pretendem assegurar a vida humana com dignidade, estão sendo construídos ao longo do tempo, cujo passo faltante é o estabelecimento de mecanismos capazes de proporcionar a efetiva proteção e eficácia desses direitos. A positivação dos direitos humanos em documentos internacionais representa um grande avanço para torná-los mais eficazes, mas muito ainda precisa ser feito. Ao tratar do tema, Daniele Comin Martins pontua que:

⁶⁰⁴ PIOVESAN, Flávia. 2003a. *Op. cit.*, p. 87-8.

⁶⁰⁵ ROSSI, Maria Fernanda Figueira. *Op. cit.*, p. 347.

⁶⁰⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Op. cit.*, p. 179 (grifos do autor).

Tal possibilidade de ampliar a efetivação dos direitos humanos surge não só a partir dessa redefinição dos direitos como multiculturais como também com a crescente internacionalização dos direitos no âmbito positivado, através de concretização em esfera mundial (por meio de documentos assinados e ratificados por várias nações do mundo), que tendem a abrir mão do livre exercício de sua soberania para assumir obrigações internacionais em matéria de direitos humanos⁶⁰⁷.

Maria Fernanda Figueira Rossi concorda que:

Desde a proclamação do documento tido como o mais importante para o alcance internacional dos direitos humanos, os mecanismos de proteção desses direitos vêm se aperfeiçoando, e para tanto foram criados inclusive tribunais internacionais de direitos humanos, capazes de resolver conflitos decorrentes da existência de diferentes textos internacionais. É inegável que um grande passo já foi dado na proteção dos direitos fundamentais do ser humano, no entanto é preciso encontrar meios de garantir todos esses valores, tornando-os realmente eficazes, seja no âmbito interno ou no internacional, pois somente então o ser humano poderá viver livremente em sociedade, alcançando condições mínimas para o exercício do que fora anteriormente enunciado⁶⁰⁸.

Ressalta, destarte, que o mais importante “é a criação de garantias capazes de proteger esses direitos, que até hoje vêm sendo desrespeitados”⁶⁰⁹. Essa preocupação é manifestada por Norberto Bobbio: “o problema fundamental em relação aos direitos humanos, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”⁶¹⁰.

Na seqüência histórica, a Declaração e Programa de Ação de Viena, de 1993, depois de reafirmar, textualmente, “sua adesão aos propósitos e princípios enunciados na Carta das Nações Unidas e na Declaração Universal dos Direitos Humanos” (parágrafo terceiro da apresentação), declara, no artigo 5º, *in verbis*, que:

Artigo 5º: todos os direitos humanos são universais, indivisíveis interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais.

Reitera, desse modo, a concepção da Declaração Universal dos Direitos Humanos para endossar a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos e revigorar o lastro de legitimidade da chamada “concepção contemporânea de direitos humanos”. Nas palavras de Flávia Piovesan:

⁶⁰⁷ Daniele Comin Martins *apud* ROSSI, Maria Fernanda Figueira. *Op. cit.*, p. 347.

⁶⁰⁸ ROSSI, Maria Fernanda Figueira. *Op. cit.*, p. 348.

⁶⁰⁹ *Idem, ibidem*, p. 347-8.

⁶¹⁰ BOBBIO, Norberto. 2004. *Op. cit.*, p. 43.

[...] enquanto consenso do “pós-Guerra”, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, foi adotada por 48 Estados, com oito abstenções. Assim, a Declaração de Viena de 1993 [subscrita por 171 países], estende, renova e amplia o consenso sobre a universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos⁶¹¹.

Prossegue a citada autora esclarecendo que:

Ao lado do sistema normativo global, surgem os sistemas regionais de proteção, que buscam internacionalizar os direitos humanos nos planos regionais, particularmente na Europa, América e África. Adicionalmente, há um incipiente sistema árabe e a proposta de criação de um sistema regional asiático. Consolidasse, assim, a convivência do sistema global da Organização das Nações Unidas com instrumentos do sistema regional, por sua vez, integrado pelo sistema americano, europeu e africano de proteção aos direitos humanos. Os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas complementares. Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos, no plano internacional. Nesta ótica, os diversos sistemas de proteção de direitos humanos interagem em benefício dos indivíduos protegidos. O propósito da coexistência de distintos instrumentos jurídicos - garantindo os mesmos direitos - é, pois, no sentido de ampliar e fortalecer a proteção dos direitos humanos. O que importa é o grau de eficácia da proteção, e, por isso, deve ser aplicada à norma que, no caso concreto, melhor proteja a vítima. Ao adotar o valor da primazia da pessoa humana, estes sistemas se complementam, interagindo com o sistema nacional de proteção, a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais. Esta é inclusive a lógica e principiologia próprias do direito internacional dos direitos humanos⁶¹².

O desenho desse sistema internacional de proteção de direitos humanos apresenta, desta feita, instrumentos de âmbito global e regional, como também de âmbito geral e específico. Esses sistemas adotam o valor da primazia da pessoa humana, de modo complementar, interagindo com o sistema nacional de proteção, com o escopo de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais. Como garantia adicional de proteção, a sistemática internacional institui mecanismos de responsabilidade e controle internacional acionáveis quando o Estado se mostra falho ou omissor na tarefa de implementar direitos e liberdades fundamentais⁶¹³.

Assim, a coexistência dos sistemas geral e especial de proteção dos direitos humanos é firmada, no âmbito do sistema global, como sistemas de proteção complementares. Neste contexto, o sistema especial de proteção enfatiza o processo da especificação do sujeito de direito, no qual o sujeito passa a ser visto em sua especificidade e concreticidade, protegendo, por exemplo, a criança, os grupos étnicos minoritários, os grupos vulneráveis e as mulheres. Por sua vez, o sistema geral de proteção engloba toda e

⁶¹¹ PIOVESAN, Flávia. 2003a. *Op. cit.*, p. 89-90 (grifo da autora).

⁶¹² *Idem, ibidem*, p. 90.

⁶¹³ MIGUEL, Alexandre. *Op. cit.*, p. 310.

qualquer pessoa, concebida em sua abstração e generalidade, como acontece, por exemplo, com os Pactos da Organização das Nações Unidas⁶¹⁴.

Nas explicações de Flávia Piovesan:

Em face desse complexo universo de instrumentos internacionais, cabe ao indivíduo, que sofreu violação de direito, a escolha do aparato mais favorável, tendo em vista que, eventualmente, direitos idênticos são tutelados por dois ou mais instrumentos de alcance global ou regional, ou ainda, de alcance geral ou especial. Nessa ótica, os diversos sistemas de proteção de direitos humanos interagem em benefício dos indivíduos protegidos. A sistemática internacional, como garantia adicional de proteção, institui mecanismos de responsabilização e controle internacional, acionáveis quando o Estado se mostra falho ou omissor na tarefa de implementar direitos e liberdades fundamentais. Ao acolher o aparato internacional de proteção, bem como as obrigações internacionais dele decorrentes, o Estado passa a aceitar o monitoramento internacional no que se refere ao modo pelo qual os direitos fundamentais são respeitados em seu território. O Estado passa, assim, a consentir no controle e na fiscalização da comunidade internacional quando, em casos de violação a direitos fundamentais, a resposta das instituições nacionais se mostra insuficiente e falha, ou, por vezes, inexistente. Enfatize-se, contudo, que a ação internacional é sempre uma ação suplementar, constituindo uma garantia adicional de proteção dos direitos humanos⁶¹⁵.

Em termos gerais, a Declaração e Programa de Ação de Viena ao afirmar a universalidade, a indivisibilidade e a interdependência, conferiu abrangência inédita aos direitos humanos, além de afastar a objeção de que o tema estaria no âmbito da competência exclusiva da soberania dos Estados. Assim, a concepção contemporânea de direitos humanos caracteriza-se pelos processos de universalização e internacionalização desses direitos, compreendidos sob o prisma de sua indivisibilidade”⁶¹⁶.

A conquista mais difícil, em termos da positivação de um direito internacional dos direitos humanos, foi o reconhecimento da sua universalidade. De fato, apenas no final dos trabalhos da Convenção de Viena é que se conseguiu um mínimo “de consenso sobre o

⁶¹⁴ PIOVESAN, Flávia. 1999a. *Op. cit.*, p. 242-3.

⁶¹⁵ *Idem, ibidem*, p. 243-4.

⁶¹⁶ “Neste sentido, cabe destacar que, até 14 de julho de 2006, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (*International Covenant on Civil and Political Rights* - CCPR) contava com 156 Estados-partes; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* - CESCR) contava com 153 Estados-partes; a Convenção contra a Tortura (*Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* - CAT) contava com 141 Estados-partes; a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação Racial (*International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* - CERD) contava com 170 Estados-partes; a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher (*Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women* - CEDAW), contava com 183 Estados-partes e a Convenção sobre os Direitos da Criança (*Convention on the Rights of the Child* - CRC), apresentava a mais ampla adesão, com 192 Estados-partes” (OHCHR, *Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. Status of Ratifications of the Principal International Human Rights Treaties, as of 14 July 2006*. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/docs/status.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2008. p. 1).

caráter universal dos direitos humanos e se compreendeu que a diversidade cultural não pode ser invocada para justificar sua violação”. Desta feita, “ainda que as diversas particularidades históricas, culturais, étnicas e religiosas devam ser levadas em conta, é dever dos Estados promover e proteger os direitos humanos, independentemente dos respectivos sistemas”, ou seja, “a observância dos direitos humanos não pode ser questionada com base no relativismo cultural”. Na verdade, entendeu-se que a universalidade “é enriquecida pela diversidade cultural”, e desse modo “não pode ser invocada para justificar a violação dos direitos humanos”. Trata-se de um visível amadurecimento do ideário relacionado à “dignidade humana mínima e à universalidade do ser humano individualmente considerado, acima de quaisquer particularismos”⁶¹⁷.

Destarte, os direitos humanos são enfrentados como símbolo do progresso moral da humanidade, superando-se as resistências derivadas do suposto “conflito de civilizações”, aceitando-se, por conseguinte, “a unidade do gênero humano no pluralismo mesmo das particularidades das nações e de seus antecedentes culturais, religiosos e históricos”. Os avanços foram extraordinários, tanto do ponto de vista da diplomacia como do direito positivo. No entanto, não se pode, ainda, assegurar que, no campo da efetividade operacional, o universalismo tenha realmente suplantado o relativismo, pois que, “com efeito, os instrumentos jurídicos sobre a matéria têm mais caráter declaratório do que impositivo”⁶¹⁸.

De qualquer modo, a Declaração de Viena estatuiu que a proteção dos direitos humanos não pode mais ser questionada com fundamento numa pretensa “soberania estatal”. Neste contexto, pode-se dizer que o reconhecimento da legitimidade da preocupação internacional com a proteção dos direitos humanos foi uma conquista conceitual, pois que inseriu na definição de soberania a característica da proteção da pessoa humana, ou seja, “confirmou-se à idéia de que os direitos humanos extrapolam o domínio reservado dos Estados, invalidando o recurso abusivo ao conceito de soberania para encobrir violações”. Nas palavras de Ancelmo César Lins de Góis e Ana Flávia Granja e Barros:

⁶¹⁷ GÓIS, Ancelmo César Lins de; BARROS, Ana Flávia Granja e. **Direito internacional e globalização face às questões de direitos humanos**. p. 57-71. In: RIBEIRO, Maria de Fátima; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (coords.). *Direitos internacionais dos direitos humanos: estudos em homenagem à Professora Flávia Piovesan*. 1. ed., 2004, 3ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2006. p. 66.

⁶¹⁸ *Idem, ibidem*, p. 66.

Os direitos humanos não são mais matéria de competência exclusiva das jurisdições nacionais. Não se levanta mais a exceção do “domínio reservado dos Estados”, em benefício último do ser humano. É importante sublinhar que a própria Carta da Organização das Nações Unidas consagra, em seu texto, o princípio da não-ingerência em assuntos de competência interna dos Estados, o que deu ensejo a diversas interpretações no que tange à legitimidade de uma ação da Organização das Nações Unidas nesse campo. Sucede que o chamado “direito de ingerência” é um dos conceitos abusivos que mais têm prejudicado o trabalho da Organização das Nações Unidas em favor dos direitos humanos [...]. A idéia de “competência nacional exclusiva” encontra-se, agora, superada pela atuação dos órgãos de supervisão internacionais na proteção dos direitos humanos (grifos do autor)⁶¹⁹.

Percebeu-se que o conceito de soberania absoluta dos Estados é incompatível com a proteção internacional dos direitos humanos. Por isso, defende-se não a relativização da soberania, mas sim sua redefinição, ao inserir em seu conceito a característica da proteção dos direitos humanos, notadamente em função das aspirações dos componentes do espaço público internacional em plena fase de consolidação. Desse modo:

[...] ao firmar um Tratado qualquer, os Estados abdicam de uma parcela de sua soberania e se obrigam a reconhecer como legítimo o direito da comunidade internacional de observar sua ação interna sobre o assunto de que cuida o instrumento jurídico negociado e livremente aceito⁶²⁰.

É preciso ressaltar que o direito internacional dos direitos humanos, que se traduz na sua proteção, é um ramo do direito internacional público de caráter especialíssimo, pois que prescreve obrigações com o escopo de garantir o interesse geral, para muito além dos interesses individuais das partes contratantes.

Como se percebe, juntamente com Celso Lafer, a Conferência de Viena conferiu, em decorrência de sua representatividade:

[...] abrangência inédita aos direitos humanos, ao reafirmar, por consenso, sua universalidade, indivisibilidade, interdependência e inter-relacionamento. Superou, assim, resistências derivadas do “conflito de civilizações”, aceitando a unidade do gênero humano no pluralismo das particularidades das nações e das regiões, e de seus antecedentes históricos, culturais e religiosos. [...]. Aceitou, e este é um pomo-chave, os direitos humanos como tema global e, portanto, como ingrediente de governabilidade do sistema mundial, ao reconhecer a legitimidade da preocupação internacional com a sua promoção e proteção. Neste sentido afastou a objeção de que o tema dos direitos humanos está no âmbito de competência exclusiva da soberania dos estados e poderia ser excluído do temário internacional com fundamento no princípio da não-ingerência nos assuntos internos dos Estados⁶²¹.

⁶¹⁹ GÓIS, Ancelmo César Lins de; BARROS, Ana Flávia Granja e. *Op. cit.*, p. 66.

⁶²⁰ *Idem, ibidem*, p. 66-7.

⁶²¹ LAFER, Celso. **Direitos humanos e democracia no plano interno e internacional**. In: *Revista Política Externa*, vol. 3, nº 2, p. 68-76. São Paulo: USP, set. 1994. p. 75 (grifo do autor).

O sistema internacional de proteção dos direitos humanos saiu fortalecido da Conferência de Viena, eis que “quedaram estatuídos princípios fundamentais no caminho da ‘globalização’ dos mecanismos concretos de proteção dos direitos humanos”⁶²², restando, portanto, criado e positivado o direito internacional dos direitos humanos. Neste sentido, Antonio Remiro Brotons pontua que:

*Con la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal y los instrumentos que han sido su consecuencia, el trato de los individuos se ha ido hurtando progresivamente a la competencia reservada de los Estados para pasar a estar regido por principios y normas jurídicas internacionales, que imponen a éstos la obligación primaria de proteger los derechos y libertades fundamentales de todo ser humano sometido a su jurisdicción, sea nacional o extranjero. Resulta así interesante subrayar cómo la promoción y el respeto de los derechos humanos, por su especial naturaleza, exige una constante interacción entre el orden interno y el internacional. Siendo justamente los Estados los que, en primera instancia, deben velar por el cumplimiento de los derechos y libertades individuales, sólo cuando lejos de ser sus valedores se tornan en sus verdugos se hace precisa la acción internacional (la “cuarta vía”, se la suele denominar). La subsidiariedad de la protección internacional es, asimismo, la premisa de la norma consuetudinaria, reiteradamente enunciada en instrumentos convencionales sobre derechos humanos que afirman la obligación de interponer y agotar los recursos de la jurisdicción interna del Estado demandado para que sea viable la acción ante instancias internacionales. [...]. A partir de la Declaración Universal la labor de las Naciones Unidas ha seguido una doble línea de actuación: a) la preparación y adopción de instrumentos convencionales de vocación universal, en los que se enumeran derechos y establecen los mecanismos procesales e institucionales para su promoción y protección; y b) la acción basada directamente en las atribuciones que la misma Carta y la Declaración Universal confieren a NU en la garantía y protección de los derechos humanos fundamentales cuando son vulnerados grave y sistemáticamente*⁶²³.

Portanto, a formação do direito internacional dos direitos humanos, na sua concepção contemporânea, surgiu recentemente, no pós-1945. Não poderia ter sido de outro modo, já que a sociedade não suportaria mais as atrocidades vivenciadas no período belicoso. Conforme Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues Guerra:

Era premente uma transformação radical e profunda na mentalidade até então reinante durante a Segunda Guerra Mundial: a ótica do extermínio, da exclusão não poderia continuar a preponderar, a inferioridade de uns diante de outros necessitava ser substituída pela igualdade de todos perante a lei, igualdade essa não apenas formal, mas também material, não apenas na letra fria da lei, mas no dia-a-dia, no cotidiano, em que as grandes questões são sempre colocadas⁶²⁴.

De igual modo, a perspectiva dos direitos humanos também precisava sofrer mudanças, sendo que a solução encontrada foi a promoção da dignidade da pessoa humana, que considera o ser humano em sua plenitude, por meio de um direito

⁶²² GÓIS, Ancelmo César Lins de; BARROS, Ana Flávia Granja e. *Op. cit.*, p. 67 (grifo do autor).

⁶²³ BROTONS, Antonio Remiro. *Op. cit.*, p. 1187 (grifo do autor).

⁶²⁴ GUERRA, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues. *Op. cit.*, p. 87.

internacional dos direitos humanos, ou seja, o desenvolvimento de um sentido universalizante, aplicável a todos os povos, em qualquer momento e lugar e sob quaisquer circunstâncias. Sobre o tema, Flávia Piovesan enfatiza que:

O movimento de internacionalização dos direitos humanos constitui um movimento extremamente recente na história, surgindo, a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. A era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, que resultou no extermínio de onze milhões de pessoas. O legado do nazismo foi condicionar a titularidade de direitos, ou seja, a condição de sujeito de direitos, à pertinência a determinada raça a raça pura ariana. É nesse cenário que se desenha o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea. Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra deveria significar a sua reconstrução⁶²⁵.

O Estado discriminatório de Hitler acabou dando origem ao Estado genocida, sendo que o primeiro passo para se garantir o respeito ao valor “vida” seria o estabelecimento da igualdade entre os seres humanos. É o que fez a instituição do direito internacional dos direitos humanos por intermédio da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁶²⁶.

Destarte, o sistema internacional, que tomou forma a partir da Segunda Guerra Mundial, teve entre os seus ingredientes constitutivos:

[...] o impacto do mal ativo, associado à prepotência do poder tal como exercido pelos governantes dos regimes totalitários. A percepção de que isto representou uma ruptura inédita em relação à tradicional preocupação com o bom governo dos Estados soberanos instigou um alargamento e um aprofundamento da temática dos direitos humanos no plano internacional. Com efeito, a presença em larga escala dos refugiados, dos apátridas, dos deslocados no mundo; as realidades do genocídio e dos campos de concentração viabilizaram uma “idéia-força”: a de que o “direito a ter direitos”, para falar como Hannah Arendt, só poderia começar a efetivar-se se o direito de todo o ser humano à hospitalidade universal, apontado por Emanuel Kant no “projeto de paz perpétua”, tivesse uma tutela internacional, homologadora do ponto de vista de uma razão abrangente da humanidade⁶²⁷.

⁶²⁵ PIOVESAN, Flávia. 1999a. *Op. cit.*, p. 240.

⁶²⁶ Ressalte-se que na própria topografia dos enunciados da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, somente depois de proibir a discriminação nos artigos I e II, respectivamente: “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade” e “toda pessoa tem 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” é que estabelece a garantia ao direito à vida, no artigo III: “toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”, direitos esse reafirmados no artigo VII: “todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação” (Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948).

⁶²⁷ LAFER, Celso. **Cultura, democracia e direitos humanos**: bases para um projeto inter-regional. In: *Revista Brasileira de Política Internacional*, ano 39, nº 2, p. 97-106. Rio de Janeiro/Brasília: Instituto Brasileiro de Relações Internacionais, 1996. p. 100 (grifos do autor).

Com a consagração do direito internacional dos direitos humanos, a proteção dos direitos inerentes ao ser humano deixou de ser assunto de jurisdição interna de determinado Estado para assumir proporções universais, enquanto preocupação de toda a comunidade internacional. Desde então, qualquer desrespeito aos direitos humanos ocorrido dentro de determinado território passou a ser de interesse de toda a humanidade. Os indivíduos foram elevados à categoria de sujeitos de direito internacional, incluindo, nesse conceito, direitos e deveres, isto é:

[...] conscientes não somente de seus direitos humanos, fazendo-os serem respeitados e lutando por eles, mas, sobretudo, conscientes e zelosos por seus deveres humanos, não apenas perante seus semelhantes, mas perante toda a comunidade internacional. Não se poderia mais admitir a falta de responsabilidade e de comprometimento dos indivíduos perante as questões universais e de relevância para o planeta como um todo⁶²⁸.

Contudo, não bastava à responsabilização dos indivíduos pela prática de atos violadores dos direitos humanos. Pelos mesmos motivos, os Estados também tinham que ser responsabilizados perante toda a comunidade internacional:

Todos somos seres humanos, detentores de dignidade humana, não por pertencermos a uma raça ou por termos certa descendência, mas por sermos pessoas humanas, pelo simples fato de existirmos. Por sermos pessoas dignas, todos os demais seres humanos têm o dever e a obrigação de tratar todos os seus companheiros, todos os seus semelhantes, com respeito, consideração e dignidade. As diferenças existem, existiram e sempre existirão: ao invés de eliminá-las, vamos compreendê-las, vamos aceitá-las, vamos respeitá-las, pois, caminhando juntos e todos na mesma direção, o agir conjunto, co-responsável e solidário pode operar verdadeiros milagres⁶²⁹.

Essa nova mentalidade caracteriza o momento histórico vivenciado pela humanidade no século XXI, que coloca o ser humano e sua dignidade como o ponto central para onde é convertido o direito internacional dos direitos humanos. Neste sentido:

O processo de generalização da proteção dos direitos humanos desencadeou-se no plano internacional a partir da adoção em 1948 das Declarações Universal e Americana dos Direitos Humanos. Era preocupação corrente, na época, a restauração do direito internacional em que viesse a ser reconhecida a capacidade processual dos indivíduos e grupos sociais no plano internacional. Para isto contribuíram de modo decisivo as duras lições legadas pelo holocausto da segunda guerra mundial. Já não se tratava de proteger indivíduos sob certas condições ou em situações circunscritas como no passado (por exemplo, a proteção de minorias, de habitantes de territórios sob mandato, de trabalhadores sob as primeiras convenções da Organização Internacional do Trabalho - OIT), mas doravante de proteger o ser humano como tal⁶³⁰.

⁶²⁸ GUERRA, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues. *Op. cit.*, p. 88.

⁶²⁹ *Idem, ibidem*, p. 88-9.

⁶³⁰ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. 2000. *Op. cit.*, p. 23.

Em razão da Carta das Nações Unidas, de 1945, ter manifestado a vontade dos Estados signatários de promover os direitos fundamentais da pessoa humana, posteriormente afirmados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, e reafirmados pela Declaração e Programa de Ação de Viena, de 1993, considera-se que a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi o instrumento normativo que começou a traçar os contornos de um novo ramo do direito internacional público, denominado direito internacional dos direitos humanos. Os direitos humanos até então existentes tinham por objetivo estipular os direitos fundamentais do ser humano e obrigar o Estado a garanti-los. Por meio de sua internacionalização como ramo do direito público, recebeu a marca peculiar de “reciprocidade”⁶³¹, ou seja, no âmbito do direito internacional dos direitos humanos o Estado passa a desempenhar duplo papel: de legislador e de seu fiel cumpridor:

[...] agindo em conjunto ao elaborar as normas que compõem o sistema de direito internacional, os Estados são autênticos legisladores. Porém, como essas normas lhes criam o dever de respeitar e assegurar os direitos humanos de seus habitantes, passam à condição de obrigados, a qual permanece após a entrada em vigor dos tratados, sobrevivendo à função legislativa⁶³².

Disso infere-se a peculiaridade do direito internacional dos direitos humanos de tutelar os direitos das pessoas e não do Estado, marcando o início de uma nova etapa de proteção dos direitos humanos, que conjuga a “universalidade” e a “positivação” desses direitos, por intermédio da “criação de um corpo normativo de vocação global, destinado a efetivamente proteger e promover a dignidade de todo ser humano”⁶³³, daí a necessidade da incorporação de todos os países ao sistema internacional de direitos humanos, como se extrai do artigo 26, da Declaração e Programa de Ação de Viena, de 1993, *in verbis*:

26. A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos congratula-se com os progressos feitos na codificação de instrumentos de direitos humanos, o que constitui um processo dinâmico e envolvente, e insta à ratificação universal de tratados sobre direitos humanos. Todos os Estados são encorajados a aderir a estes instrumentos internacionais; todos os Estados são encorajados a evitar, tanto quanto possível, o recurso a reservas.

Conforme Cristina Cerna, a aceitação das normas internacionais de direitos humanos é um processo no qual a adesão ao sistema internacional de direitos humanos não pode ser imposta, mas deve surgir na própria região, preferencialmente por meio de tratados regionais, nos quais vai se consolidando a nuança cultural, ao mesmo tempo em

⁶³¹ WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos**. 1ª ed., 1999, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 21-2.

⁶³² *Idem, ibidem*, p. 22.

⁶³³ *Ibid*, p. 22-3.

que se opera a globalização dos direitos humanos. O problema é, ainda assim, mais complexo, pois tal solução pressupõe sociedades plenamente democráticas, em que todos tenham igual direito à formulação da vontade geral⁶³⁴.

Portanto, a concepção universal dos direitos humanos deriva da idéia de “inerência”, traduzida na acepção de que “esses direitos pertencem a todos os membros da espécie humana, sem qualquer distinção fundada em atributos inerentes aos seres humanos ou na posição social que ocupam”. Esse é o fundamento do direito internacional dos direitos humanos, como se extrai do artigo 1º: “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”. Percebe-se, claramente, a referência a todas as pessoas no sentido da humanidade, define a exata medida da “vocação universalista do nascente direito internacional dos direitos humanos”, cuja característica vem sendo questionada face à crescente participação dos países em desenvolvimento nos organismos internacionais, situação que acabou por romper paradigmas consolidados entre os países de tradição européia ocidental, “o que faz transparecer as lacunas da linha filosófica adotada”⁶³⁵.

Ao tratarem do tema, Daniel Herrendorf e German Bidart Campos lembram que a partir das revoluções do século XVIII, as declarações de direitos entraram em voga, ganhando grande difusão mundial e gerando uma universalização, “fato, esse, que gera forte valoração coletiva em favor dos direitos formulados normativamente”. Desse modo, o problema da proteção dos direitos humanos deixa de ser restrito à órbita interna dos Estados. Dele passa a se ocupar o direito internacional público, por seu ramo denominado direito internacional dos direitos humanos, no sentido de “reconhecer um bem comum internacional tendo nos direitos humanos um dos fundamentos para a paz”. Como decorrência lógica, “surge a pessoa humana como sujeito de direitos no plano internacional”⁶³⁶.

No plano substantivo, o direito internacional dos direitos humanos apresenta-se dotado de fundamentos e princípios próprios, do mesmo modo que é formado por um conjunto de normas que exigem uma interpretação e aplicação no sentido de alcançar a efetiva realização do objeto e propósito dos instrumentos de proteção. Também no plano

⁶³⁴ Cristina Cerna *apud* WEIS, Carlos. *Op. cit.*, p. 113-4.

⁶³⁵ WEIS, Carlos. *Op. cit.*, p. 112.

⁶³⁶ Daniel Herrendorf e German Bidart Campos *apud* WEIS, Carlos. *Op. cit.*, p. 112.

operacional, o direito internacional dos direitos humanos conta com uma série de mecanismos próprios de supervisão. Desse modo, o *corpus juris* em expansão já se encontra caracterizado em sua plenitude como uma nova disciplina da ciência jurídica contemporânea, dotada de autonomia⁶³⁷. Assim:

Rompendo com a distinção rígida existente entre direito público e direito privado, e libertando-se dos clássicos paradigmas até então existentes, o direito internacional dos direitos humanos passa a afirmar-se como um novo ramo do direito, dotado de autonomia, princípios e especificidade próprios, cuja finalidade é a de assegurar a proteção do ser humano, nos planos nacional e internacional, concomitantemente⁶³⁸.

A discussão que envolve a influência da ordem internacional sobre o direito interno dos Estados faz Emerson Garcia lembrar da acirrada controvérsia que se estabeleceu ao longo do tempo entre a teoria dualista e a teoria monista. Explica que a teoria dualista “prestigia a soberania estatal e preconiza a coexistência entre as duas ordens”, sem, contudo, defender a “supremacia de nenhuma delas e com a necessidade de autorização do Estado para que a norma internacional possa vigorar na ordem interna”. Por sua vez, a teoria monista prega a “existência de uma única ordem”, que para alguns significa a “superioridade do direito interno, o que importa na própria negação do direito internacional” e para outros prevalece o direito internacional sobre a ordem jurídica interna. Ainda nas palavras de Emerson Garcia:

O debate chega a assumir proporções, no mínimo, curiosas, pois, enquanto os defensores do dualismo afirmam a ampla e irrestrita predominância dessa teoria na atualidade, os seguidores do monismo fazem justamente o mesmo em relação à teoria por eles prestigiada⁶³⁹.

Porém, ressalta que:

[...] a teoria monista, observados certos temperamentos, é a que melhor se afeiçoa ao atual estágio de evolução do direito internacional. Admitindo-se a unidade da ordem jurídica interna e da ordem jurídica internacional, põe-se o problema, de todo relevante sob o aspecto da soberania dos Estados, da identificação de uma possível hierarquia entre elas. Em um primeiro plano, cumpre dizer que seria inconcebível a existência de uma ordem internacional, ainda que essencialmente fragmentária, caso fosse reconhecido aos Estados a possibilidade de dispor livremente sobre os contornos da ordem interna⁶⁴⁰.

E finaliza:

⁶³⁷ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. 2000. *Op. cit.*, p. 27.

⁶³⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. 2001a. *Op. cit.*, p. 76.

⁶³⁹ GARCIA, Emerson. 2005. *Op. cit.*, p. XV-XVI

⁶⁴⁰ *Idem, ibidem*, p. XVI-XVII.

Apesar de as violações ao direito internacional serem constantes, a própria coexistência entre os Estados exige, se não uma relação de absoluta conformidade, ao menos uma relação de compatibilidade entre os atos internos e determinados padrões existentes na ordem internacional. Nesse sentido, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, adotada em 23 de maio de 1969, dispõe, em seu artigo 26, que, salvo a existência de vícios em relação à competência dos órgãos internos para a conclusão dos tratados, os Estados não podem deixar de executá-los invocando disposições do seu direito interno. Não obstante o reconhecimento do primado do direito internacional, um possível conflito entre as ordens interna e internacional não pode ser resolvido com a utilização de mecanismos idênticos àqueles empregados nos conflitos entre regras internas. Nesse último caso, o conflito é resolvido em termos de validade, enquanto que no direito internacional, salvo exceções, dá-se a resolução em termos de responsabilidade do Estado, mantendo-se, por via reflexa, a validade da ordem interna⁶⁴¹.

Quando se trata dos direitos primordiais do ser humano, independente da existência de um ou dois sistemas jurídicos, conforme as clássicas correntes monistas e dualistas, “é de se buscar a interpretação que mais se harmonize com a efetiva proteção desses direitos”⁶⁴².

A multiplicidade de instrumentos internacionais com o mesmo propósito de proteger os direitos humanos, agregada à superação das objeções clássicas a exemplo da pretensa competência nacional exclusiva, bem como a concomitante afirmação da capacidade de ação dos órgãos de supervisão internacionais, revelou a complementaridade e a interação dos instrumentos de proteção dos direitos humanos, descartando-se, desse modo:

[...] no plano horizontal, qualquer pretensão antagonismo entre soluções nos planos global e regional, fazendo-se uso do direito internacional, no presente domínio, para ampliar, aprimorar e fortalecer a proteção dos direitos reconhecidos. Descartou-se, igualmente, no plano vertical, o velho debate acerca da primazia das normas do direito internacional ou do direito interno, por se mostrarem estes em constante interação no presente domínio de proteção⁶⁴³.

Descobriu-se que o direito internacional e o direito interno não são incompatíveis, muito pelo contrário. “Longe de operarem de modo estanque ou compartimentalizado”, ditos direitos “passaram efetivamente a interagir, por força das disposições de tratados de direitos humanos atribuindo expressamente funções de proteção aos órgãos do Estado, assim como da abertura do direito constitucional contemporâneo aos direitos humanos internacionalmente consagrados”. Rompendo com os conceitos clássicos, o primado

⁶⁴¹ GARCIA, Emerson. 2005. *Op. cit.*, p. XVII.

⁶⁴² FIGUEIREDO, Patrícia Cobianchi. **Os tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro**. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC*, nº 4, p. 619-640, jul./dez. 2004. p. 638.

⁶⁴³ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. 2000. *Op. cit.*, p. 26.

passou a ser o da norma que melhor protegesse os direitos humanos, independentemente de fazer parte do direito interno ou internacional. Neste prisma:

Os regimes interno e internacional de promoção e proteção de direitos humanos são complementares e interdependentes. Cada um, em sua esfera própria, enfrenta tensões na confrontação de realidades que requerem o atendimento de um elevado número de exigências algumas vezes conflitivas, pelo menos em curto prazo, de que são exemplos a escassez de recursos e os dilemas da governabilidade. As interações entre os dois regimes figuram como elemento importante para a compreensão do tema da realizabilidade dos direitos humanos e das resistências que a ele se opõem. A supervisão internacional dos direitos humanos é objeto de forte polêmica e não se desenvolveu sem grande resistência, sendo imensos os hiatos entre os padrões consagrados e a prática. Mas torna-se cada vez mais difícil afastar do escrutínio internacional, sob o argumento da soberania e da jurisdição interna, práticas odiosas e repressivas contra indivíduos e grupos, assim como situações extremas de pobreza e marginalização⁶⁴⁴.

Essa constatação somente foi possível porque determinados fatores contribuíram para a redefinição do conceito tradicional de soberania estatal e para o resgate gradativo dos indivíduos como últimos destinatários das ações dos Estados. Aos poucos, consagrou-se o conceito da universalidade dos direitos humanos e a necessidade de sua proteção por um sistema normativo internacional. Os esforços de proteção foram intensos desde a idealização de um direito internacional dos direitos humanos, e, atualmente, não se concebe a validade de normas jurídicas que não resguardem a dignidade humana⁶⁴⁵.

Para além disso, a humanidade vivencia “a égide de reais sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, com órgãos e mecanismos próprios de fiscalização e de implementação desses direitos, que complementam e aprimoram a proteção primária exercida pelos Estados”. Neste cenário, os princípios e as normas sobre direitos humanos passam a serem considerados pela doutrina e pela prática internacionais como normas superiores e de vigência *erga omnes*. Destaca-se, nesse contexto, “a posição central retomada pelos indivíduos ao final do século XX”. Destarte, “mais do que simples objetos de indagações, considerações ou mesmo proteção, os indivíduos consagram-se como verdadeiros sujeitos de direito”⁶⁴⁶.

Neste contexto, a organização dos direitos humanos em um sistema normativo internacional, marcada, basicamente, pela Carta das Nações Unidas, de 1945, pela

⁶⁴⁴ SABOIA, Gilberto Vergne. **O Brasil e o sistema internacional de proteção dos direitos humanos**, p. 219-238. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; PERRONE-MOISÉS, Cláudia (orgs.). *O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999 (Biblioteca Edusp de Direito; 6). p. 220.

⁶⁴⁵ GODINHO, Fabiana de Oliveira. **A proteção internacional dos direitos humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 2-3.

⁶⁴⁶ *Idem, ibidem*, p. 3.

Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, e pela Declaração e Programa de Ação de Viena, de 1993, “representa tanto o ponto de chegada do processo histórico de internacionalização dos direitos humanos como o traço inicial de um sistema jurídico universal destinado a reger as relações entre os Estados e entre estes e as pessoas”⁶⁴⁷, tendo como fundamentos a proteção e a promoção da dignidade fundamental do ser humano e a elevação da pessoa humana ao patamar de sujeito do direito internacional.

Em essência, são duas as características que fundamentam e definem a finalidade do direito internacional dos direitos humanos: a dignidade humana e o indivíduo como sujeito de direito internacional.

1.2 FUNDAMENTOS DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

1.2.1 DIGNIDADE HUMANA COMO FUNDAMENTO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

A dignidade da pessoa humana é o principal elemento impulsionador do desenvolvimento no direito internacional. Como já enfatizado em outra oportunidade: “[...] a dignidade da pessoa humana é tanto o fundamento quanto o fim dos direitos fundamentais, para os quais atua como paradigma e por meio dos quais aflora concretamente”⁶⁴⁸. Neste sentido:

[...] verifica-se ser de tal forma indissociável a relação entre a dignidade da pessoa e os direitos fundamentais que mesmo nas ordens normativas onde a dignidade ainda não mereceu referência expressa, não se poderá - apenas a partir deste dado - concluir que não se faça presente, na condição de valor informador de toda a ordem jurídica, desde que nesta estejam reconhecidos e assegurados os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Com efeito, sendo correta a premissa de que os direitos fundamentais constituem - ainda que com intensidade variável - explicitações da dignidade da pessoa, por via de consequência e, ao menos em princípio (já que exceções são admissíveis, consoante já frisado), em

⁶⁴⁷ WEIS, Carlos. *Op. cit.*, p. 21.

⁶⁴⁸ TAIAR, Rogério. **A dignidade da pessoa humana e o direito penal**: a tutela penal dos direitos fundamentais. São Paulo: SRS Editora, 2008. p. 70.

cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa⁶⁴⁹.

O porvir da era moderna operou transformando conceitos e dogmas, sob a premissa de que a vida é o bem supremo do ser humano. A concepção da “exclusão” e da “descartabilidade de pessoas humanas”, que prevaleceu “ao longo dos sombrios anos de dominação nazista”, funcionou como “terreno fértil e propício para a emergência de inúmeros princípios e valores, encabeçados pelo princípio da dignidade humana, princípio este que é o verdadeiro fundamento dos direitos humanos”⁶⁵⁰. Conforme Hannah Arendt:

Em suas mais ousadas e radicais revisões e críticas dos conceitos e crenças tradicionais, jamais sequer pensou em pôr em dúvida a fundamental inversão de posições que o cristianismo trouxera para o decadente mundo antigo. Por mais eloqüentes e conscientes que fossem os pensadores da era moderna em seus ataques contra a tradição, a prioridade da vida sobre tudo mais assumira para eles a condição de “verdade axiomática” e como tal sobreviveu até o mundo atual, que já começou a deixar para trás toda a era moderna e a substituir a sociedade de operários por uma sociedade de detentores de empregos⁶⁵¹.

Celso Lafer lembra que a dinâmica do totalitarismo, cuja característica principal é a permissibilidade absoluta (“tudo é possível”) tinha como pressuposto a concepção de que os seres humanos são supérfluos, podendo, por isso, serem eliminados, aniquilados, ultrajados, espezinhados, sem qualquer consideração por valor algum intrínseco ao indivíduo. Nas suas explicações:

[...] tal pressuposto contesta a afirmação kantiana de que o homem, e apenas ele, não pode ser empregado como um meio para a realização de um fim, pois é fim de si mesmo, uma vez que apesar do caráter profano de cada indivíduo, ele é sagrado, já que na sua pessoa pulsa a humanidade⁶⁵².

O totalitarismo despiu o ser humano de todo valor, a uma verdadeira “coisificação” do ser humano, utilizado como meio para a obtenção dos fins objetivados pelo nazismo. Nesse sentido, o totalitarismo promoveu uma verdadeira ruptura com a evolução histórica garantista que vinha até então se desenvolvendo, notadamente a partir dos princípios universais pregados pelo cristianismo, e é por isso que Celso Lafer, ao analisar a obra de Hannah Arendt, afirma a necessidade de uma verdadeira reconstrução dos direitos humanos. No mesmo sentido é a constatação de Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues Guerra:

⁶⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 84.

⁶⁵⁰ GUERRA, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues. *Op. cit.*, p. 89-90.

⁶⁵¹ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed., tradução de Roberto Raposo, prefácio de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 332 (grifo da autora).

⁶⁵² Celso Lafer *apud* GUERRA, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues. *Op. cit.*, p. 90.

[...] apresentando o Estado como grande violador de direitos humanos, a era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade humana, que resultou no extermínio de onze milhões de pessoas. No momento em que os seres humanos se tomam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, através da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do direito. Diante dessa ruptura, emerge a necessidade de reconstrução dos direitos humanos, como referencial e paradigma ético que aproxime o direito da moral. E neste novo quadro que passou a ser delineado, fez-se *mister* a elevação do princípio da dignidade humana à condição de fundamento dos direitos humanos⁶⁵³.

A dimensão dos dados históricos permite avaliar com percepção mais apurada a problemática que envolve o reconhecimento internacional dos direitos humanos:

Em face do regime do terror, passa a imperar a lógica da destruição, na qual as pessoas são consideradas descartáveis em razão da não pertinência a determinada raça: a chamada raça ariana. Com isto, 18.000.000 de pessoas passam por campos de concentração, 11.000.000 de pessoas neles morrem, sendo que deste universo 6.000.000 são judeus. A Segunda Guerra Mundial traz a marca do Estado como o grande delinquente, o que resulta na barbárie do genocídio com o maior número de civis mortos ao longo da história da humanidade. O regime do terror implicou na ruptura do paradigma jusnaturalista, que afirmava que os direitos humanos decorrem da dignidade inerente a toda e qualquer pessoa. A pertinência à determinada raça (a raça ariana) é que passou a determinar a condição de sujeito de direito⁶⁵⁴.

No pensamento arendtiano:

O totalitarismo, em suma, é uma proposta inédita de organização da sociedade que escapa ao senso comum (*sensus communis*) do estar entre os homens (*inter-homines esse*), posto que, desconcertante para qualquer medida ou critério razoável de Justiça tradicionalmente relacionado à punição proporcional ao ato punível; a distribuição equitativa de bens e situações e a boa-fé inerente ao *pacta sunt servanda*. É, com efeito, uma nova forma de governo que, ao almejar a dominação total através do uso da ideologia e do emprego do terror para promover a ubiquidade do medo, fez do campo de concentração o seu paradigma organizacional. Fundamenta-se, assim, no pressuposto de que os seres humanos, independentemente do que fazem ou aspiram, podem, a qualquer momento, ser qualificados como “inimigos objetivos” e encarados como supérfluos para a sociedade. Tal convicção explicitamente assumida pelo totalitarismo, de que os seres humanos são supérfluos e descartáveis, representa uma contestação frontal à idéia do valor da pessoa humana enquanto valor-fonte da legitimidade da ordem jurídica, como formulada pela tradição, senão como verdade pelo menos como conjectura plausível da organização da vida em sociedade⁶⁵⁵.

⁶⁵³ GUERRA, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues. *Op. cit.*, p. 96.

⁶⁵⁴ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 2 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2003b. p. 92.

⁶⁵⁵ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: a contribuição de Hannah Arendt. In: *Revista Estudos Avançados* - Dossiê Direitos Humanos, nº 30, v. 11. São Paulo. mai/ago. 1997. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40141997000200005&script=sci_arttext. Acesso em: 04 set. 2008. p. 1 (grifos do autor).

Contudo, o totalitarismo, o anti-semitismo e o imperialismo influenciaram de modo positivo no processo de amadurecimento da dignidade humana como fundamento do direito internacional dos direitos humanos. É o que demonstra Hannah Arendt em suas explanações sobre o assunto, aqui apresentadas em longa citação direta para não correr o risco de deturpar a essência do pensamento original:

A tentativa totalitária da conquista global e do domínio total constituiu a resposta destrutiva encontrada para todos os impasses. Mas a vitória totalitária pode coincidir com a destruição da humanidade, pois, onde quer que tenha imperado, minou a essência do homem. Assim, de nada serve ignorar as forças destrutivas de nosso século. O problema é que a nossa época interligou de modo tão estranho o bom e o mau que, sem a expansão dos imperialistas levada adiante por mero amor à expansão, o mundo poderia jamais ter-se tornado um só; sem o mecanismo político da burguesia que implantou o poder pelo amor ao poder, as dimensões da força humana poderiam nunca ter sido descobertas; sem a realidade fictícia dos movimentos totalitários, nos quais - pelo louvor da força por amor à força - as incertezas essenciais do nosso tempo acabaram sendo desnudadas com clareza sem par, poderíamos ter sido levados à ruína sem jamais saber o que estava acontecendo. E, se é verdade que, nos estágios finais do totalitarismo, surge um mal absoluto (absoluto, porque já não pode ser atribuído a motivos humanamente compreensíveis), também é verdade que, sem ele, poderíamos nunca ter conhecido a natureza realmente radical do mal. O anti-semitismo (não apenas o ódio aos judeus), o imperialismo (não apenas a conquista) e o totalitarismo (não apenas a ditadura) - um após o outro, um mais brutalmente que o outro - demonstraram que a dignidade humana precisa de nova garantia, somente encontrável em novos princípios políticos e em uma nova lei na terra, cuja vigência desta vez alcance toda a humanidade, mas cujo poder deve permanecer estritamente limitado, estabelecido e controlado por entidades territoriais novamente definidas. Já não podemos nos dar ao luxo de extrair aquilo que foi bom no passado e simplesmente chamá-lo de nossa herança, deixar de lado o mau e simplesmente considerá-lo um peso morto, que o tempo, por si mesmo, relegará ao esquecimento. A corrente subterrânea da história ocidental veio à luz e usurpou a dignidade de nossa tradição. Essa é a realidade em que vivemos. E é por isso que todos os esforços de escapar do horror do presente, refugiando-se na nostalgia por um passado ainda eventualmente intacto ou no antecipado oblívio de um futuro melhor, são vão⁶⁵⁶.

Não é sem razão que as constituições escritas depois da Segunda Guerra Mundial passaram a trazer em seus textos a disciplina de direitos fundamentais e de valores que deveriam nortear não apenas a atuação do Estado, mas também assegurar a proteção dos indivíduos. O princípio da dignidade humana ascendeu tanto à categoria de valor-fundamento da pessoa humana, como também à categoria de princípio norteador último da ordem jurídica, do moderno constitucionalismo, do direito internacional dos direitos humanos: “era patente o receio de que atrocidades voltassem a ser cometidas, e de forma ainda mais intensa, se não se previsse uma sistemática eficaz de proteção da pessoa humana e de sua dignidade”⁶⁵⁷.

⁶⁵⁶ ARENDT, Hannah. 1998. *Op. cit.*, p. 12-3.

⁶⁵⁷ GUERRA, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues. *Op. cit.*, p. 90.

Como se vê, “o reconhecimento do valor da dignidade da pessoa humana não se dá apenas no direito internacional, mas também influenciará o novo constitucionalismo surgido no pós-guerra”⁶⁵⁸.

No pensamento de Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues Guerra:

Não há que se falar em condição humana sem o princípio da dignidade humana: são dois termos correlatos, inseparáveis, que devem, sempre, ser aplicados em conjunto. A condição humana só será condição propriamente dita se for digna, se assegurar aqueles valores intrínsecos a todo ser humano, sob pena de permitir arbítrios e violações que podem ser muito perigosos, num provável retorno a situações que precisam ser evitadas e suplantadas⁶⁵⁹.

Para corroborar sua tese, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues Guerra cita a doutrina de Celso Lafer, nos seguintes termos:

[...] o valor da pessoa humana enquanto conquista histórico-axiológica encontra a sua expressão jurídica nos direitos fundamentais do homem. Mais que um super valor: dignidade é o pressuposto da idéia de justiça humana, porque ela é que dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento. Por isso é que a dignidade humana independe de merecimento pessoal ou social. Não há de ser *mister* ter de fazer por merecê-la, pois ela é inerente à vida e, nessa contingência, é um direito pré-estatal⁶⁶⁰.

Neste prisma, a dignidade humana figura como um valor supremo, como afirma José Afonso da Silva:

Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. “Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais [observam Gomes Canotilho e Vital Moreira], o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir “teoria do núcleo da personalidade individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana”. Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna, a ordem social visará a realização da justiça social, a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania, etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana⁶⁶¹.

Emanuel Kant já sustentava que:

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente, mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite

⁶⁵⁸ ALMEIDA, Guilherme Assis de. 2007. *Op. cit.*, p. 8.

⁶⁵⁹ GUERRA, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues. *Op. cit.*, p. 91.

⁶⁶⁰ Celso Lafer *apud* GUERRA, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues. *Op. cit.*, p. 91.

⁶⁶¹ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 109 (grifos do autor).

equivalente, então tem ela dignidade. O direito à vida, à honra, à integridade física, à integridade psíquica, à privacidade, dentro outros, são essencialmente tais, pois, sem eles, não se concretiza a dignidade humana. A cada pessoa não é conferido o poder de dispô-los, sob pena de reduzir sua condição humana; todas as demais pessoas devem abster-se de violá-los⁶⁶².

A distinção proposta por Emanuel Kant entre “preço” e “dignidade”, torna mais clara a diferenciação entre o que seria um valor relativo e um valor absoluto. Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues Guerra explica que “os valores relativos possuem um preço, podendo ser substituídos por algo equivalente”⁶⁶³. Nos comentários de Carmen Lúcia Antunes Rocha:

[...] o preço é conferido àquilo que se pode aquilatar, avaliar, até mesmo para a sua substituição ou troca por outro de igual valor e cuidado; daí porque há uma relatividade deste elemento ou bem, uma vez que ele é um meio de que se há de valer para a obtenção de uma finalidade definida. Sendo meio, pode ser rendido por outro de igual valor e forma, suprindo-se de idêntico modo a precisão a realizar o fim almejado. Já o valor absoluto, diferentemente do relativo, não possuiria um preço, mas sim dignidade, isto é, ao superar qualquer preço e ao não admitir substituição, é um fim em si mesmo. Desta forma, o valor da dignidade humana é um valor absoluto, o qual não pode ser substituído por qualquer outro valor, não sendo um meio, mas um fim em si mesmo. Ele é o fundamento de todos os direitos humanos, o princípio superior, incondicional e, na maneira de sua realização, indisponível da ordem constitucional⁶⁶⁴.

Trata-se, portanto, a dignidade humana, de um princípio inviolável e é obrigação de todo poder estatal respeitar e proteger a referida inviolabilidade. Desta feita:

Cabe a este princípio o peso completo de uma fundação normativa dessa coletividade histórico-concreta, cuja legitimidade, após um período de inumanidade e sob o signo da ameaça atual e latente à dignidade do homem, está no respeito e na proteção da humanidade. [...]. Para a ordem constitucional da Lei Fundamental, o homem não é nem partícula isolada, indivíduo despojado de suas limitações históricas nem sem realidade da massa moderna. Ele é entendido, antes, como pessoa de valor próprio indisponível, destinado ao livre desenvolvimento, mas também simultaneamente membro de comunidades, de matrimônio e família, igrejas, grupos sociais e políticos, das sociedades políticas, não em último lugar, mas também do Estado, com isso, situado nas relações inter-humanas mais diversas, por essas relações em sua individualidade concreta essencialmente moldado, mas também chamado a configurar responsavelmente na convivência humana⁶⁶⁵.

A este respeito, Carmen Lúcia Antunes Rocha pontua que:

[...] tendo sede na filosofia, o conceito de dignidade da pessoa humana ganhou foros de juridicidade positiva e impositiva como uma reação a práticas políticas nazi-fascistas desde a Segunda Guerra Mundial, tomando-se, agora, nos estertores do século XX, uma garantia contra práticas econômicas identicamente

⁶⁶² KANT, Emanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70. 1986. p. 77.

⁶⁶³ GUERRA, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues. *Op. cit.*, p. 91.

⁶⁶⁴ Carmen Lúcia Antunes Rocha *apud* GUERRA, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues. *Op. cit.*, p. 91-2.

⁶⁶⁵ GUERRA, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues. *Op. cit.*, p. 92.

nazi-fascistas, levadas a efeito a partir da propagação do capitalismo canibalista liberal globalizante, sobre o qual se discursa e segundo o qual se praticam atos governativos submissos ao mercado: um mercado que busca substituir o Estado de Direito pelo Não-Estado, ou, pelo menos, pelo Estado do Não-direito, que busca transformar o Estado Democrático dos Direitos Sociais em Estado Autoritário Sem-direito. [...]. Mas tendo o homem produzido o holocausto, não havia como ele deixar de produzir os anticorpos jurídicos contra a praga da degradação da pessoa por outras que podem destruí-la ao chegar ao poder⁶⁶⁶.

Ressalte-se que a dignidade humana traduz-se da designação “direitos fundamentais da pessoa humana”, ou simplesmente “direitos fundamentais”⁶⁶⁷. “No qualificativo ‘fundamentais’ encontra-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive”. O qualificativo “da pessoa humana” implica que tais situações “a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados”. Portanto, “direitos humanos” significa direitos fundamentais da pessoa humana⁶⁶⁸.

Antonio-Enrique Pérez Luño define direitos humanos como:

[...] um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretiza as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos nos âmbitos nacional e internacional⁶⁶⁹.

Desta feita, o fundamento dos direitos humanos reside no próprio ser humano, em sua dignidade que, por sua vez, possui uma série de características próprias, a exemplo da liberdade, da autoconsciência, da sociabilidade, da historicidade e da unicidade existencial. São esses os parâmetros que formam o complexo conjunto de direitos humanos e traçam os limites de sua incidência. Sobre as referidas características inerentes ao ser humano enquanto tal, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues Guerra⁶⁷⁰ expõe o que segue:

a) a liberdade é a “fonte da consciência moral, da faculdade de julgar as ações humanas segundo a polaridade entre bem e mal”. Trata-se de uma característica exclusiva do ser humano, por ser o único ser dotado de vontade, de capacidade de agir de forma livre, empreendedora, transformadora, co-responsável, impedindo a sobreposição dos instintos naturais sobre a razão. Sobre o assunto, assim se manifesta Thomas Fleiner:

[...] quem priva o ser humano do quadro de referência que determina seu julgamento e sua ação ataca sua dignidade, como se o obrigasse diretamente a

⁶⁶⁶ Carmen Lúcia Antunes Rocha *apud* GUERRA, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues. *Op. cit.*, p. 96-7.

⁶⁶⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional** 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 514.

⁶⁶⁸ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 182.

⁶⁶⁹ Antonio-Enrique Pérez Luño *apud* SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 178-9.

⁶⁷⁰ GUERRA, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues. *Op. cit.*, p. 97-8.

agir de modo que ele jamais poderia fazê-lo livremente. Quem não reconhece a identidade histórica, lingüística e cultural do homem violenta as raízes de sua existência, que fazem parte de sua dignidade interior⁶⁷¹.

b) a autoconsciência é a capacidade reflexiva de todo indivíduo se visualizar inserido no mundo, em dado momento histórico, pois que o ser humano não tem memória apenas de fatos exteriores, “mas possui a consciência de sua própria subjetividade, no tempo e no espaço; sobretudo consciência de sua condição de ser vivente e mortal”;

c) a sociabilidade é característica essencial do indivíduo e se refere à convivência social, “terreno fértil para o desenvolvimento das potencialidades e capacidades humanas”. Nas exatas palavras de Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues Guerra:

O ser humano homem só é homem em sua interação comunicativa com os demais indivíduos, e uma atitude transformadora somente será eficaz e se produzirá caso haja um engajamento conjunto e co-responsável e um agir consciente entre os membros de uma dada coletividade⁶⁷².

Verdadeiramente, não se deve “cair no extremo de considerar cada indivíduo como um ser isolado de outras pessoas ou mesmo da sociedade”, pois que “o homem não vive, de maneira alguma, assim”. Vejam-se as pertinentes explicações de Thomas Fleiner:

Quando eu escrevo este livro, parto do princípio de que há pessoas que podem lê-lo, bem como de que é necessário haver editoras e livrarias. Meu computador necessita de eletricidade. E eu mesmo devo ter certa formação. Apesar de toda a sua individualidade, o homem não é um átomo isolado na sociedade, uma vez que vive com outras pessoas e tem sua liberdade determinada essencialmente pelo meio em que vive e que exerce influência sobre ele. A dignidade humana adquire sua forma particular tanto em função do contexto cultural ou religioso, como em função do desenvolvimento social. Somente o mais profundo do seu ser, o núcleo da sua identidade, que permite ao homem, em caso de necessidade, isolar-se da sociedade e decidir de maneira individual, que deu força a uma pessoa como Salman Rushdie para escrever um livro crítico sobre sua própria religião - este núcleo essencial não deve jamais ser violado, pois faz parte do que há de mais elementar na dignidade de um indivíduo⁶⁷³.

d) além disso, “a substância da natureza humana é histórica, isto é, vive em perpétua transformação, pela memória do passado e o projeto do futuro [...]. O ser próprio do homem é um constante devir”, ou seja, está em constante transformação⁶⁷⁴. Hannah Arendt chamava atenção para o fato de que “os homens não nascem livres e iguais; a

⁶⁷¹ FLEINER, Thomas. **O que são direitos humanos?** São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 12.

⁶⁷² GUERRA, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues. *Op. cit.*, p. 98 (grifo do autor, que corresponde às palavras de Carmen Lúcia Antunes Rocha).

⁶⁷³ FLEINER, Thomas. *Op. cit.*, p. 12-3.

⁶⁷⁴ Carmen Lúcia Antunes Rocha *apud* GUERRA, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues. *Op. cit.*, p. 98.

liberdade e a igualdade são opções políticas”⁶⁷⁵. É justamente porque, em algum momento histórico, optou-se por buscar recuperar a liberdade e a igualdade perdidas com o advento da propriedade privada que se começaram a construir coletivamente os direitos humanos como um instrumento de luta contra a opressão. Nessa luta, constantemente modificam-se e expandem-se. Essa opção coletiva pela liberdade e pela igualdade tornou os direitos humanos obrigatórios para os membros da sociedade política, pois a existência de pessoas destituídas de direitos humanos enfraqueceria a posição de todos⁶⁷⁶.

No entanto, essa acepção, em decorrência da historicidade do conceito de direitos humanos, sofre alterações dependendo do momento histórico onde exsurge. No dizer de Hannah Arendt, os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução⁶⁷⁷. A concepção de direitos humanos remonta a história da própria humanidade. Para Norberto Bobbio, “[...] não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas”⁶⁷⁸.

e) por fim, a unicidade existencial, isto é, “cada um de nós, cada indivíduo, cada ser humano é único no mundo, detentor de especificidades e singularidades, que o tornam insubstituível”. Nas explicações de Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues Guerra:

Isto remonta à distinção kantiana, abordada anteriormente, entre dignidade e preço: a pessoa humana, singularmente considerada ou conjuntamente considerada, possui dignidade, não-preço, sendo, portanto, insubstituível. Sua existência constitui um fim em si mesmo e não um meio para se alcançar outro resultado; reside ela na autonomia para reger sua vida por leis próprias e segundo os imperativos da razão⁶⁷⁹.

Nas palavras de Thomas Fleiner:

O homem não é somente um ser livre, mas também um ser único que deve ser respeitado na sua individualidade. Portanto, todo indivíduo se sente profundamente violentado quando ridicularizado e discriminado em razão de sua raça, nacionalidade ou religião. Pertence à dignidade do homem o respeito à sua singularidade e à sua individualidade, bem como não ser discriminado como se pertencesse a uma raça desprezível. Quando o homem não pode desenvolver-se

⁶⁷⁵ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1998a. p. 150.

⁶⁷⁶ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 180-2.

⁶⁷⁷ Hannah Arendt *apud* PIOVESAN, Flávia. 2003a. *Op. cit.*, p. 86.

⁶⁷⁸ BOBBIO, Norberto. 2004. *Op. cit.*, p. 38.

⁶⁷⁹ GUERRA, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues. *Op. cit.*, p. 98-9.

pessoalmente enquanto indivíduo, violenta-se, então, o núcleo essencial de sua humanidade e personalidade⁶⁸⁰.

Portanto, “tudo que impregnou o ser humano, isto é, seu meio, sua família, sua história, sua cultura e seu idioma, bem como sua identidade e suas raízes, faz parte de sua dignidade”. Destarte:

Os ataques contra a dignidade humana não se limitam à utilização de técnicas sutis e sofisticadas, tais como a droga da verdade, difamação e escárnio públicos de certas raças, discriminação social de determinadas nacionalidades, raças ou comunidades religiosas. Quando o homem não pode mais dispor de seu corpo, quando ele é humilhado de maneira desumana e reduzido física e mentalmente, a sua dignidade é atingida de maneira irreparável. A integridade corporal é o último reduto em que um homem pode ser ele mesmo. Quando este espaço de identidade é destruído, não resta mais nada da qualidade de ser humano⁶⁸¹.

Sobre o assunto, Fábio Konder Comparato pontua que:

[...] a dignidade transcendente é um atributo essencial do homem enquanto pessoa, isto é, do homem em sua essência, independentemente de suas qualificações específicas de sexo, raça, religião, nacionalidade, posição social, ou qualquer outra. Daí decorre a lei universal de comportamento humano, em todos os tempos, que Emanuel Kant denomina imperativo categórico: “age de modo a tratar a humanidade, não só em tua pessoa, mas na de todos os outros homens, como um fim, e jamais como um meio”⁶⁸².

Na síntese da doutrina de Alexandre de Moraes, pode-se dizer que as principais características dos direitos fundamentais são: imprescritibilidade: os direitos humanos fundamentais não se perdem pelo decurso de prazo. Eles são permanentes; inalienabilidade: não se transferem de uma para outra pessoa os direitos fundamentais, sejam gratuitamente, sejam mediante pagamento; irrenunciabilidade: os direitos humanos fundamentais não são renunciáveis⁶⁸³.

Não se pode exigir de ninguém que renuncie à vida (não se pode pedir a um doente terminal que aceite a eutanásia, por exemplo) ou à liberdade (não se pode pedir a alguém que vá para a prisão no lugar de outro) em favor de outra pessoa; inviolabilidade: nenhuma lei infraconstitucional ou autoridade pode desrespeitar os direitos fundamentais de outrem, sob pena de responsabilização civil, administrativa e criminal; universalidade: os direitos fundamentais aplicam-se a todos os indivíduos, independentemente de sua nacionalidade, sexo, raça, credo ou convicção político-filosófica; efetividade: o poder público deve atuar de modo a garantir a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, usando inclusive

⁶⁸⁰ FLEINER, Thomas. *Op. cit.*, p. 12.

⁶⁸¹ *Idem, ibidem*, p. 13.

⁶⁸² Fábio Konder Comparato *apud* GUERRA, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues. *Op. cit.*, p. 99.

⁶⁸³ MORAES, Alexandre de. 1998. *Op. cit.*, p. 44 e ss.

mecanismos coercitivos quando necessário; porque esses direitos não se satisfazem com o simples reconhecimento abstrato; interdependência: as várias previsões constitucionais e infraconstitucionais não podem se chocar com os direitos fundamentais. Muito pelo contrário, devem se relacionar entre si de modo a atingirem suas finalidades; e complementaridade: os direitos humanos fundamentais não devem ser interpretados isoladamente, mas sim de forma conjunta, com a finalidade da sua plena realização⁶⁸⁴.

O reconhecimento desse conceito de direitos inerentes ao ser humano, no âmbito internacional, teve origem nas declarações de direitos, surgidas de movimentos sociais contra o autoritarismo absolutista.

Para Celso Lafer, com fundamento na doutrina de Hannah Arendt:

[...] a cidadania é o direito a ter direitos, pois a igualdade em dignidade e direito dos seres humanos não é um dado é um construído da convivência coletiva, que requer o acesso a um espaço público comum. Em resumo, é esse acesso ao espaço público - o direito de pertencer a uma comunidade política - que permite a construção de um mundo comum através do processo de asserção dos direitos humanos⁶⁸⁵.

Prossegue expondo que a construção de um mundo comum, fundamentado no direito de todo ser humano à hospitalidade universal kantiana e contestado na prática pelos apátridas, refugiados e deslocados para os campos de concentração, só começaria a ser tornada viável, “se o direito a ter direitos tivesse uma tutela internacional, homologadora do ponto de vista da humanidade” e “na medida em que o direito a ter direitos se convertesse num tema global, de governança da ordem mundial, a transcender as soberanias, *ex vi* da inserção operativa de uma razão abrangente da humanidade”⁶⁸⁶.

Celso Lafer entende que as conseqüências e a atualidade da conclusão arendtiana foram reconhecidas pelo direito internacional público, e convertidas no direito internacional dos direitos humanos, que além de “considerar a nacionalidade como um direito humano fundamental” pretende “substituir as insuficiências do mecanismo de proteção diplomática pelas garantias coletivas, confiadas a todos os Estados-partes nas Convenções Internacionais dos Direitos Humanos”⁶⁸⁷.

⁶⁸⁴ MORAES, Alexandre de. 1998. *Op. cit.*, p. 44 e ss.

⁶⁸⁵ LAFER, Celso. 1997. *Op. cit.*, p. 1.

⁶⁸⁶ Hannah Arendt *apud* LAFER, Celso. 1997. *Op. cit.*, p. 1.

⁶⁸⁷ LAFER, Celso. 1997. *Op. cit.*, p. 1.

Notadamente a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, os direitos e garantias fundamentais começaram a ser inseridos na maioria dos textos constitucionais. Tratam-se de “direitos permanentes e invioláveis, inerentes à pessoa humana”. O objetivo dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana reside na idéia de melhoria do ser humano como indivíduo e ser social, com direitos nos diversos campos em que exercem seus papéis, ou seja, no âmbito social, econômico, cultural e nos que lhe são afetos, até encontrar-se com sua dignidade e respeito. Os direitos fundamentais, concebidos como o conjunto de prerrogativas fundamentalmente importantes e iguais para todos os seres humanos, não são apenas comuns a todos os cidadãos de determinada unidade política, mas a cada indivíduo em particular. Nas constatações de Fabiana de Oliveira Godinho:

Apesar de a obra dos chamados fundadores do direito internacional revelar a presença do ser humano como destinatário final das normas jurídicas e detentor de direitos próprios perante o Estado, em fins do século XIX, o papel dos indivíduos no mundo foi reduzido ao segundo plano diante da existência absoluta dos Estados soberanos. As reflexões acerca de direitos humanos, por sua vez, foram resumidas a algumas poucas concessões determinadas por esses Estados de soberania ilimitada. No entanto, os abusos permitidos pelas distorções desse positivismo jurídico estatal, bem como o conseqüente sofrimento imposto às pessoas em episódios como as duas guerras mundiais, acabaram por evidenciar um importante ensinamento: os direitos e as liberdades dos indivíduos carregam em si valores superiores, indispensáveis à própria existência humana, que precisam ser protegidos⁶⁸⁸.

Conforme Maria Fernanda Figueira Rossi:

O homem somente foi valorizado a partir do reconhecimento desses direitos fundamentais, pois essas regras são uma segurança de respeito à dignidade humana dentro de uma sociedade. A conquista dos povos e a evolução dos tempos ocasionaram o reconhecimento dos direitos humanos; e as declarações, que surgiram ao longo de tantos anos, contribuíram para que o Estado respeitasse e garantisse tais direitos. Durante um longo período foram sendo proclamadas declarações que objetivavam a consagração de direitos fundamentais do homem, mas foi com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que os direitos humanos tiveram alcance universal, sendo, portanto, elevados a nível internacional⁶⁸⁹.

Pode-se dizer que a maior conquista da humanidade contemporânea foi o reconhecimento da pessoa humana como um sujeito de direito internacional, que se traduz num processo deflagrado para alcançar a plena proteção e defesa da pessoa humana em face dos abusos e práticas arbitrárias por parte dos Estados nacionais, notadamente durante a Segunda Guerra Mundial, tais como: perseguição étnica, racismo, genocídio, coibição ideológico-política, dentre outras graves ameaças à vida e à dignidade humanas.

⁶⁸⁸ GODINHO, Fabiana de Oliveira. *Op. cit.*, p. 1.

⁶⁸⁹ ROSSI, Maria Fernanda Figueira. *Op. cit.*, p. 343.

Desta feita, a partir do momento da irrupção do processo de amadurecimento do direito internacional dos direitos humanos de caráter universal, a concepção de um conceito de cidadania interligado com o ato estatal de concessão de reconhecimento de direitos humanos não encontra mais justificativa ou fundamentação filosófica, mas política, que realize a dignidade humana no espaço público, preservando sua individualidade e diferenciando-a dos acontecimentos da esfera pública de relações estatais, na medida em que a pessoa humana, e não mais o Estado, passa a ser o centro das grandes preocupações do direito internacional.

Cada vez mais o direito internacional direciona suas atenções no sentido de ampliar a extensão dos poderes conferidos à pessoa humana, reconhecendo-a como agente ativo do processo de desenvolvimento da ordem internacional, de modo diverso do que dispunha os textos dos tratados de Paz de Westfália (1648-1659), nos termos dos quais apenas e tão-somente os Estados possuíam legitimidade para figurar como partes ativas nas relações internacionais reconhecidas pelos tratados e manifestações políticas, diplomáticas e jurídicas.

Atualmente, o valor da dignidade humana é concebido como pressuposto dos direitos humanos. Este valor, de acordo com Celso Lafer, tem uma genealogia: “o estoicismo, o “Velho Testamento”, o cristianismo, a doutrina do direito natural, etc.”. Contudo, Celso Lafer lembra que sua plena afirmação “é fruto da modernidade” e:

Resulta da idéia de que o ser humano, na sua dignidade própria, não se dilui no todo social. [...]. A afirmação jurídica dos direitos inaugura a plenitude da perspectiva dos governados. É a passagem [...] do dever do súdito para o direito do cidadão. Num mundo interdependente, unificado pela técnica e pela economia, os direitos humanos têm uma dimensão internacional. Esta se positivou com a Organização das Nações Unidas, em função da percepção dos horrores do Holocausto e do aparecimento em larga escala dos deslocados no mundo, que realçaram a importância do que Emanuel Kant chamou o direito à hospitalidade universal. Daí a abrangente inclusão dos direitos humanos na agenda internacional, tendo como horizonte a construtiva inclusão de todos na sociedade planetária, em razão das tensões da exclusão que põem em questão a paz⁶⁹⁰.

Nos tempos hodiernos, os direitos humanos estendem-se por todo o planeta, objetivando que a humanidade consiga um dia concretizá-los, na solidariedade existente entre os seres humanos e que se traduzem no exercício de direitos possuidores de um sentido universalmente significativo. Em decorrência do seu sentido universal, é que todos

⁶⁹⁰ LAFER, Celso. **Variações sobre direitos humanos**. In: *Jornal O Estado de São Paulo*, Caderno Espaço Aberto, ano 128, nº 41424, 18 de março de 2007. p. A2.

os povos do mundo devem ter iguais direitos, especialmente no que tange à igualdade de oportunidades, de obtenção de uma boa qualidade de vida e de tratamento fraterno e livre de qualquer tipo de discriminação.

Os direitos fundamentais do ser humano são situações reconhecidas juridicamente, sem as quais o indivíduo é incapaz de alcançar sua própria realização e desenvolvimento plenamente. Representam, pois, o resultado da luta da raça humana por um direito ideal, que precisa ser aperfeiçoado e atualizado, acompanhando a história da humanidade.

Significa dizer que os direitos humanos fundamentam-se na preservação da vida e sua integridade física, moral e social. A vida humana, em sua plenitude, manifesta-se como liberdade. Assim, a transgressão dos direitos fundamentais incide no que viola a vida, que é o bem supremo, e sua pujança, a qual, em termos humanos, significa o direito de ser diferente, ter a liberdade de possuir suas próprias crenças, bem como não sofrer discriminação em virtude de raça, cor ou condição etária ou sexual. A violação dos direitos humanos atinge muito mais aqueles que são excluídos socialmente ou pertencem a minorias étnicas, religiosas ou sexuais. Mas, em tese, todos podem ter os seus direitos fundamentais violados.

A dignidade humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do ser humano desde o direito à vida. O conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não qualquer idéia apriorística do ser humano. A dignidade humana não pode ser reduzida à defesa dos direitos individuais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir uma teoria do núcleo da personalidade individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana⁶⁹¹.

Os direitos fundamentais têm como fonte a vontade soberana de cada povo, quando transportada a questão para o âmbito interno de cada país⁶⁹². Atualmente, a maioria das constituições, dentre elas a Constituição Federal brasileira de 1988, espelha-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas:

O processo de generalização da proteção dos direitos humanos desencadeou-se no plano internacional a partir da adoção em 1948 das Declarações Universal e

⁶⁹¹ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 182, nota 18.

⁶⁹² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves; *et alli*. **Liberdades públicas**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 12.

Americana dos Direitos Humanos. Era preocupação corrente, na época, a restauração do direito internacional em que viesse a ser reconhecida a capacidade processual dos indivíduos e grupos sociais no plano internacional. Para isto contribuíram de modo decisivo as duras lições legadas pelo holocausto da segunda guerra mundial⁶⁹³.

Ressalte-se que o conjunto dos direitos humanos fundamentais, de acordo com a doutrina de Alexandre de Moraes, visa garantir ao ser humano, entre outros, o respeito ao seu direito à vida, à liberdade, à igualdade e à dignidade; bem como ao pleno desenvolvimento da sua personalidade. Asseguram a não ingerência do Estado na esfera individual, e consagram a dignidade humana. Sua proteção deve ser reconhecida positivamente pelos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais⁶⁹⁴.

Nos tempos atuais, quando se faz referência aos direitos individuais, este termo deve ser entendido como expressão de variados direitos e garantias do indivíduo, e não somente aqueles relacionados à liberdade. Além disso, o objeto de proteção do direito passou também a englobar os direitos considerados coletivamente, e, por uma outra face da mesma moeda, estabeleceram-se os deveres das pessoas e dos governantes.

No entendimento de Hannah Arendt, não há liberdade: quando não se faz a devida identificação do ser humano com as normas e leis sociais, quando não se realiza uma verdadeira política capaz de concretizar a dignidade humana no espaço público e quando não é permitido ao ser humano construir-se publicamente junto com seus pares⁶⁹⁵. Nas suas palavras:

A condição essencial para o reconhecimento de um ser humano como sujeito de direito no sistema do direito internacional dos direitos humanos deixa de ser seu vínculo jurídico com determinado Estado ou seu *status* jurídico de cidadão e passa a ser sua existência como ser humano. O simples fato da existência vincula o homem, a mulher e a criança à ordem jurídica internacional. Essa é a “novidade” do direito internacional dos direitos humanos: o ser humano passa a ser sujeito de direito na ordem internacional. Tal fato amplia o espaço público, pressuposto do exercício da liberdade, que não está mais reduzido a “cidade-estado” dos gregos, mas amplia-o para o espaço do mundo⁶⁹⁶ (grifos da autora).

⁶⁹³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. 2000. *Op. cit.*, p. 23.

⁶⁹⁴ MORAES, Alexandre de. 1998. *Op. cit.*, p. 44 e ss.

⁶⁹⁵ Hannah Arendt acentua que a política surge não “no” ser humano, mas sim “entre” os seres humanos, que a liberdade e a espontaneidade dos diferentes indivíduos são pressupostos necessários para o surgimento de um espaço entre seres humanos, onde só então se torna possível à política, a verdadeira política: “o sentido da política é a liberdade” (ARENDT, Hannah. **O que é política?** 3. ed., organização de Ursula Ludz, prefácio de Kurt Sontheimer e Tradução de Reinaldo Guarany. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. p.3;38;200).

⁶⁹⁶ ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 387.

O próprio nacionalismo, que se constitui na idéia central da construção e sedimentação dos Estados nacionais da modernidade, acabou por dificultar a objetivação dos direitos humanos, que tinham como condição a sua necessária universalidade⁶⁹⁷.

Na interpretação de Celso Lafer, para Hannah Arendt a ruptura no plano jurídico surge quando a lógica do razoável que permeia a reflexão jurídica não consegue dar conta da não-razoabilidade que caracteriza uma experiência como a totalitária. Esta não resultou de uma ameaça externa, mas foi gerada no bojo da própria modernidade, como um desdobramento inesperado e não-razoável de seus valores⁶⁹⁸.

Como afirma, ainda, Celso Lafer, “no mundo contemporâneo continuam a persistir situações sociais, políticas e econômicas que, mesmo depois do término dos regimes totalitários, contribuem para tornar os homens supérfluos e sem lugar num mundo comum”, citando, entre outras tendências, “a ubiqüidade da pobreza e da miséria; a ameaça do holocausto nuclear; a irrupção da violência, os surtos terroristas, a limpeza étnica, os fundamentalismos excludentes e intolerantes”⁶⁹⁹. Conforme Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues Guerra:

[...] uma vez assegurados tais direitos, deve-se empreender uma luta para que não haja retrocessos na história, pois a experiência nos mostra, continuamente, que os direitos humanos já conquistados não estão assegurados, pois sempre haverá um interesse escuso na tentativa de retroceder nas importantes vitórias já alcançadas⁷⁰⁰.

Portanto, apesar do direito internacional dos direitos humanos, a dignidade humana permanece parcialmente desprotegida.

Concluindo-se com as palavras de Flávia Piovesan:

Que o direito internacional dos direitos humanos, ao consagrar parâmetros protetivos mínimos de defesa da dignidade, seja capaz de impedir retrocessos e arbitrariedades, propiciando avanços no regime de proteção dos direitos humanos no âmbito internacional e interno. Hoje, mais do que nunca, é tempo de inventar uma nova ordem, mais democrática e igualitária, que tenha a sua centralidade no valor da absoluta prevalência da dignidade humana⁷⁰¹.

⁶⁹⁷ LAFER, Celso. 1997. *Op. cit.*, p. 1.

⁶⁹⁸ *Idem, ibidem*, p. 1.

⁶⁹⁹ *Ibid*, p. 1.

⁷⁰⁰ GUERRA, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues. *Op. cit.*, p. 104-5.

⁷⁰¹ PIOVESAN, Flávia. 2003a. *Op. cit.*, p. 99.

1.2.2 O INDIVÍDUO COMO SUJEITO DE DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

A segunda característica que fundamenta e define a finalidade do direito internacional dos direitos humanos é o reconhecimento do indivíduo como sujeito de direito internacional.

Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a idéia de que a proteção dos direitos humanos não pode ser reduzida ao domínio reservado do Estado resulta fortalecida. Desde então, “não deve se restringir à competência nacional exclusiva ou à jurisdição doméstica exclusiva, porque revela tema de legítimo interesse internacional”⁷⁰². De acordo com as constatações de Flávia Piovesan⁷⁰³, esta concepção inovadora aponta duas importantes conseqüências: a relativização do conceito tradicional de soberania e o reconhecimento do indivíduo como sujeito de direito internacional dos direitos humanos.

a) a relativização do conceito tradicional de soberania: a universalização da proteção dos direitos humanos implicou na revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, “que passa a sofrer um processo de relativização na medida em que são admitidas intervenções no plano nacional em benefício da proteção dos direitos humanos”. Transita-se, portanto, “de uma concepção hobbesiana de soberania centrada no Estado para uma concepção kantiana de soberania centrada na cidadania universal”; e

b) o reconhecimento do indivíduo como sujeito de direito internacional dos direitos humanos: cristaliza-se a idéia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de “sujeito de direito”. Deste modo, prenuncia-se “o fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica, decorrência de sua soberania”.

Neste momento do estudo importa esta segunda conseqüência.

⁷⁰² PIOVESAN, Flávia. 2003a. *Op. cit.*, p. 88.

⁷⁰³ *Idem*, *ibidem*, p. 88.

Durante o período totalitário, os indivíduos não possuíam direitos assegurados na esfera internacional, apenas deveres perante a coletividade e o poder instituído⁷⁰⁴. Desse modo, “viram-se obrigados a obedecer cegamente às ordens que lhes eram dadas e a cumprir deveres, sem nenhuma contrapartida de direitos”. Prevalecia a máxima do “tudo é possível” na busca dos interesses dos governantes, sendo que “a única impossibilidade era ser detentor de direitos”⁷⁰⁵. Como ressalta Mireya Castillo Daudí:

*Historicamente, el individuo interesaba tan poco al derecho internacional que el trato que recibiera de el Estado se consideraba materia incluída en la “competencia exclusiva de el Estado” o “jurisdicción exclusiva de el Estado”, y, por tanto, ajena al ordenamiento internacional*⁷⁰⁶.

Prossegue expondo que:

*El derecho internacional clásico, por su propia naturaleza, difícilmente podía tomar en consideración los intereses de los particulares. Los Estados monopolizaron toda capacidad de actuación en las relaciones internacionales de modo que el individuo sólo recibía alguna consideración en el plano internacional a través del Estado. [...] tanto la jurisprudencia como la práctica internacionales han mantenido durante largo tiempo una óptica estatalista que excluía totalmente toda toma en consideración del individuo en el plano internacional*⁷⁰⁷.

Ao se debruçar sobre o assunto, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues Guerra constata e explica que num primeiro momento:

[...] vencida a barbárie totalitária e iniciada a tomada de conscientização por uma efetiva afirmação e proteção universal dos direitos humanos, foram sendo assegurados e afirmados aos indivíduos uma série de direitos humanos, pelo simples fato de existirem como pessoas humanas, por serem detentores de um valor intrínseco, qual seja a dignidade humana⁷⁰⁸.

Desse modo, logo ao nascer o indivíduo adquire legitimidade para “exercer efetivamente os direitos humanos, de que somos detentores, que devem ser assegurados e protegidos pelo Estado, contra qualquer forma de violação ou de limitação, quer seja por outros indivíduos, quer seja por entes estatais ou mesmo por outros Estados”⁷⁰⁹.

⁷⁰⁴ *Ex parte principis*: perspectiva do soberano - em defesa dos interesses dos governantes, de seu direito de comandar, e em *prol* da unidade do poder. Os indivíduos não têm “direitos”, mas apenas “deveres” em relação à coletividade, na medida em que estes deveres são estipulados *ex parte principis*, sem um controle e uma participação de cunho democrático dos governados; *ex parte populi*: perspectiva dos governados - em favor dos governados, de seu direito de não serem oprimidos, e sustentados na liberdade individual.

⁷⁰⁵ GUERRA, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues. *Op. cit.*, p. 103.

⁷⁰⁶ DAUDÍ, Mireya Castillo. *Op. cit.*, p. 20 (grifos da autora).

⁷⁰⁷ *Idem, ibidem*, p. 19-20.

⁷⁰⁸ GUERRA, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues. *Op. cit.*, p. 103-4.

⁷⁰⁹ *Idem, ibidem*, p. 104.

Num segundo momento, com o êxito das lutas pela reconstrução e pela afirmação dos direitos humanos, ocorre uma multiplicação dos direitos humanos. Essa proliferação, segundo Norberto Bobbio⁷¹⁰, decorreu de três processos: mais bens tutelados, mais sujeitos protegidos e maior *status* do indivíduo.

a) do aumento da quantidade de bens considerados merecedores de tutela: com relação ao aumento da quantidade de bens considerados, ocorreu a passagem dos direitos de liberdade - das chamadas liberdades negativas, de religião, de opinião, de imprensa, etc. - para os direitos políticos e sociais, que requerem uma intervenção direta do Estado.

b) da titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do ser humano: sobre a ampliação de sujeitos, porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do ser humano, ocorreu a passagem da consideração do indivíduo *uti singulus*, que foi o primeiro sujeito ao qual se atribuíram direitos naturais (ou morais) - em outras palavras, da “pessoa” -, para sujeitos diferentes do indivíduo, como a família, as minorias étnicas e religiosas, toda a humanidade em seu conjunto; e, além dos indivíduos considerados singularmente ou nas diversas comunidades reais ou ideais que os representam, até mesmo para sujeitos diferentes dos homens, como os animais. Nos movimentos ecológicos, está emergindo quase que um direito da natureza a ser respeitada ou não explorada, onde as palavras “respeito” e “exploração” são exatamente as mesmas usadas tradicionalmente na definição e justificação dos direitos do ser humano; e

c) da especificidade do ser humano: a passagem ocorreu do homem genérico - do homem enquanto homem - para o homem específico, ou tomado na diversidade de seus diversos *status* sociais, com base em diferentes critérios de diferenciação (o sexo, a idade, as condições físicas), cada um dos quais revela diferenças específicas, que não permitem igual tratamento e igual proteção. A mulher é diferente do homem; a criança, do adulto; o adulto, do velho; o sadio, do doente; o doente temporário, do doente crônico; o doente mental, dos outros doentes; os fisicamente normais, dos deficientes, etc.⁷¹¹.

⁷¹⁰ NOBBIO, Norberto. 2004. *Op. cit.*, p. 83-4.

⁷¹¹ “Basta examinar as cartas de direitos que se sucederam no âmbito internacional, nestes últimos quarenta anos, para perceber esse fenômeno: em 1952, a Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher; em 1959, a Declaração da Criança; em 1971, a Declaração dos Direitos do Deficiente Mental; em 1975, a Declaração dos Direitos dos Deficientes Físicos; em 1982, a primeira Assembléia Mundial, em Viena, sobre os direitos dos anciãos, que propôs um plano de ação aprovado por uma resolução da Assembléia da Organização das Nações Unidas, em 03 de dezembro” (NOBBIO, Norberto. 2004. *Op. cit.*, p. 84).

Nas palavras de Norberto Bobbio:

O próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente, etc. Em substância: mais bens, mais sujeitos, mais *status* do indivíduo. É supérfluo notar que, entre esses três processos, existem relações de interdependência: o reconhecimento de novos direitos “de” (onde “de” indica o sujeito) implica quase sempre o aumento de direitos “a” (onde “a” indica o objeto). Ainda mais supérfluo é observar, o que importa para nossos fins, que todas as três causas dessa multiplicação cada vez mais acelerada dos direitos do homem revelam, de modo cada vez mais evidente e explícito, a necessidade de fazer referência a um contexto social determinado⁷¹².

Disso infere-se a prevalência da perspectiva dos governados (*ex parte populi*) em detrimento da perspectiva dos governantes (*ex parte principis*): “a liberdade passa a ser o fator preponderante, e não mais a governabilidade”. Neste novo cenário mundial, o indivíduo é considerado “titular de direitos humanos” - caracterizados como “universais, inalienáveis, imprescritíveis, de eficácia *erga omnes* e passíveis de serem impostos a todos aqueles que procurarem de certa forma limitá-los ou eliminá-los - “não por pertencer a uma raça ou religião, mas simplesmente por ser detentor de dignidade”⁷¹³.

Porém, o exercício dos direitos humanos requer uma contrapartida (deveres): “os indivíduos, isoladamente, e a coletividade, como um todo, não são meramente detentores de direitos humanos, mas também de deveres humanos, deveres esses perante seus semelhantes, perante toda a humanidade”. Seria “muito fácil e cômodo sermos detentores de direitos humanos, sem nenhuma contrapartida”. Não podemos apenas usufruir as prerrogativas que nos são asseguradas, abrindo mão de nossa responsabilidade social e cívica”⁷¹⁴.

Ressalte-se, como afirma Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues Guerra, que o exercício pleno dos direitos humanos requer, de igual modo e na mesma medida, o comprometimento e o exercício dos deveres humanos, tanto em uma perspectiva positiva quanto negativa. Nas suas explicações:

Negativamente, temos o dever humano de respeitar, em sua integralidade e em qualquer circunstância, a qualquer tempo, os direitos humanos dos demais indivíduos, à medida que são eles igualmente detentores de dignidade, são eles tão insubstituíveis, quanto nós mesmos. Positivamente, temos o dever humano de lutar para que violações de direitos humanos não voltem a acontecer com quem quer que seja, através de uma atuação, de um agir conjunto, co-responsável,

⁷¹² NOBBIO, Norberto. 2004. *Op. cit.*, p. 83 (grifos do autor).

⁷¹³ GUERRA, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues. *Op. cit.*, p. 105.

⁷¹⁴ *Idem, ibidem*, p. 105.

solidário, empreendedor e transformador. E caso os nossos esforços não tenham conseguido evitar tais violações, temos que envidar os melhores esforços de modo a extirpar este mal da maneira mais rápida e menos danosa possível, quer através de ações positivas, quer através do exercício da desobediência civil, ao não aceitar ordens e leis de superiores, meramente por serem ordens e leis emanadas de hierarquias mais elevadas, se tais ordens não forem em consonância com os ditames da razão, da moral e, sobretudo, do valor da dignidade humana⁷¹⁵.

Neste contexto, é preciso retomar o conceito kantiano de autonomia fundado na vontade racional, pois que “somente a pessoa humana vive em condições de autonomia, justamente por ser capaz de se deixar guiar pelas leis que ela própria edita e emana”⁷¹⁶.

Celso Lafer informa que Norberto Bobbio, em diálogo com Gregorio Peces-Barba, aponta e distingue diversas fases percorridas no processo de aperfeiçoamento do direito internacional dos direitos humanos. No raciocínio desenvolvido por Norberto Bobbio, as etapas que institucionalizam a perspectiva dos governados que passam a terem direitos e não apenas deveres são: positivação, generalização, internacionalização e especificação⁷¹⁷.

a) positivação - declarações de direitos: traduzida na conversão do valor da pessoa humana e do reconhecimento em direito positivo, da legitimidade da perspectiva *ex parte populi*;

b) generalização: a consagração do princípio da igualdade e o seu corolário lógico, o da não-discriminação;

c) internacionalização: proveniente do reconhecimento de que, num mundo interdependente, a tutela dos direitos humanos requer o apoio da comunidade internacional e normas de direito internacional público; e

d) especificação: assinala um aprofundamento da tutela, que deixa de levar em conta apenas os destinatários genéricos - o ser humano, o cidadão - e passa a cuidar do ser em situação - o idoso, a mulher, a criança, o deficiente⁷¹⁸.

De outro modo, mas com a mesma essência argumentativa, Flávia Piovesan interpreta que a primeira fase de proteção dos direitos humanos, decorrente da positivação desses direitos em declarações internacionais, foi marcada pela tônica da proteção geral,

⁷¹⁵ GUERRA, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues. *Op. cit.*, p. 105-6.

⁷¹⁶ *Idem, ibidem*, p. 106.

⁷¹⁷ LAFER, Celso. **Apresentação**. In: BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Regina Lyra. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier/Campus, 2004. p. 11 (grifos do autor).

⁷¹⁸ Celso Lafer in BOBBIO, Norberto. 2004. p. 11 (grifos do autor).

que expressava o temor da diferença (que no nazismo havia sido orientada para o extermínio), com base na igualdade formal. Para exemplificar:

[...] basta avaliar quem é o destinatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, bem como basta atentar para a Convenção para a Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio, também de 1948, que pune a lógica da intolerância pautada na destruição do “outro”, em razão de sua nacionalidade, etnia, raça ou religião⁷¹⁹.

Porém, logo se percebeu que seria insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata: “faz-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade”. Determinados sujeitos de direitos ou violações de direitos exigem respostas diferenciadas, isto é, existem “categorias vulneráveis” - as crianças, a população afro-descendente, os migrantes, as pessoas portadoras de deficiência - que devem ser vistas e tratadas “nas especificidades e peculiaridades de sua condição social”⁷²⁰.

Assim sendo, e num processo evolutivo contínuo, a par do direito à igualdade, surgem os direitos à diferença e à diversidade como direitos fundamentais, e, portanto, recebem tratamento especial. Deste modo, no sistema global de direitos humanos passa a coexistir dois sistemas de proteção de direitos: um sistema geral, que tem por endereçamento toda e qualquer pessoa, concebida em sua abstração e generalidade (a exemplo dos Pactos da Organização das Nações Unidas, de 1966⁷²¹) e um sistema especial, que realça o processo de especificação do sujeito de direito, no qual o sujeito passa a ser visto em sua especificidade e concreticidade, sendo que ambos funcionam como sistemas de proteção complementar dos direitos humanos. Portanto, esses sistemas não são dicotômicos, mas complementares.

No plano internacional, os sistemas geral e especial, inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal dos Direitos Humanos, compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos. Em face deste “complexo universo de instrumentos internacionais”, cabe ao indivíduo, vítima de alguma violação de direito fundamental, “a escolha do aparato mais favorável, tendo em vista que, eventualmente,

⁷¹⁹ PIOVESAN, Flávia. 2003a. *Op. cit.*, p. 92.

⁷²⁰ *Idem, ibidem*, p. 92.

⁷²¹ A referência é ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

direitos idênticos são tutelados por dois ou mais instrumentos de alcance global ou regional, ou ainda, de alcance geral ou especial”⁷²².

Como se vê, esses sistemas que formam o sistema global de proteção de direitos humanos - o direito internacional dos direitos humanos -, interagem em benefício dos indivíduos protegidos, e é neste contexto que a Organização das Nações Unidas aprovou diversas convenções específicas protegendo direitos de grupos minoritários ou mais vulneráveis. Portanto, “o processo de especificação do sujeito de direito” produz forte impacto no sistema internacional de proteção dos direitos humanos, que passa a “contemplar instrumentos específicos de proteção, conferindo visibilidade a novos sujeitos de direito e às suas demandas específicas”⁷²³.

No entanto, como destaca Norberto Bobbio, “o importante não é fundamentar os direitos do ser humano, mas protegê-los” e para tanto “não basta proclamá-los”⁷²⁴. O caminho a ser percorrido até se chegar à devida proteção dos direitos humanos é longo e não menos árduo, mas felizmente vem sendo contínuo desde sua proclamação inicial, e ainda que por várias vezes interrompido da concepção individualista da sociedade, procede lentamente, “indo do reconhecimento dos direitos do cidadão de cada Estado até o reconhecimento dos direitos do cidadão do mundo, cujo primeiro anúncio foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos”⁷²⁵.

A primeira e inegável mudança trazida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, é a transformação da pessoa humana em sujeito de direito na ordem internacional. Nesse sentido escreve Pierre Marie Dupuy que:

A afirmação que a pessoa humana possui como tais direitos próprios, oponíveis ao Estado do qual ela se origina, diferencia-se radicalmente das regras ordinárias estabelecidas em direito internacional, que, geralmente, são concernentes a organização das relações entre Estados ou instituições interestatais⁷²⁶.

Conforme Norberto Bobbio:

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, favoreceu [...] a emergência, embora débil, tênue e obstaculizada, do indivíduo, no interior de um espaço antes reservado exclusivamente aos Estados soberanos. Ela pôs em movimento um processo irreversível com o qual todos deveriam se alegrar. Do ponto de vista teórico, sempre defendi - e continuo a defender, fortalecido por novos

⁷²² PIOVESAN, Flávia. 2003a. *Op. cit.*, p. 92.

⁷²³ *Idem, ibidem*, p. 92.

⁷²⁴ BOBBIO, Norberto. 2004. *Op. cit.*, p. 57.

⁷²⁵ *Idem, ibidem*, p. 24.

⁷²⁶ Pierre Marie Dupuy *apud* ALMEIDA, Guilherme Assis de. 2007. *Op. cit.*, p. 8.

argumentos - que os direitos do ser humano, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascido de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas⁷²⁷.

Não obstante, a evolução das relações internacionais fez com que os Estados tomassem consciência de que não poderiam continuar tratando os indivíduos como considerassem oportuno. Com efeito:

[...] en ocasiones, cuando el trato que daban a los extranjeros no era conforme con lo que el Estado nacional de éstos consideraba “estándars de civilización”, este Estado reaccionaba sancionando al Estado responsable del trato incorrecto; así surgieron las reglas internacionales relativas al trato de extranjeros, y la institución de la protección diplomática. De esta forma, diversas normas e instituciones internacionales han ido tomando en consideración a la persona humana, cuyos intereses específicos han sido objeto de una cierta protección: régimen de protección de minorías, normas internacionales de trabajo de la Organización Internacional Del Trabajo, etc. Así, el individuo se ha beneficiado, indirectamente, de normas e instituciones internacionales. Con todo, la persona humana aparecía sólo como punto de referencia u objeto de la norma de derecho internacional⁷²⁸.

A partir da segunda metade do século XX, o indivíduo foi convertido em titular de direitos e obrigações internacionais. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, “na qualidade de marco maior do movimento de internacionalização dos direitos humanos fomentou a conversão destes direitos em tema de legítimo interesse da comunidade internacional”⁷²⁹. Na síntese de Liliana Lyra Jubilut:

A Organização das Nações Unidas surge, logo após o término da Segunda Guerra Mundial, com a missão essencial de impedir que as atrocidades verificadas quando deste conflito voltem a ocorrer e, para tanto, visa assegurar condições jurídicas mínimas de convívio na ordem internacional. Um de seus campos de atuação, um dos mais antigos e, ainda hoje, um dos mais relevantes, vem a ser a proteção aos direitos humanos. Por direitos humanos se entendem todas as garantias jurídicas fundadas na dignidade humana. Seus titulares são todos os seres humanos enquanto tais, ou seja, o único requisito para tê-los é ser humano. A relevância dada a este tema no seio da Organização das Nações Unidas está diretamente relacionada ao fato de se acreditar que, somente assegurando-se os direitos fundamentais aos homens, uma convivência pacífica e equilibrada entre os atores do cenário internacional será possível. Tal crença permitiu a elevação do ser humano à categoria de sujeito do direito internacional a partir da segunda metade do século XX, com o estabelecimento de um sistema de proteção aos direitos humanos⁷³⁰.

No direito internacional público clássico, as referências aos indivíduos se davam por meio de apenas três núcleos de normas, todas se referindo aos seres humanos através dos Estados ou de relações interestatais e, portanto, de modo indireto: a nacionalidade, a

⁷²⁷ BOBBIO, Norberto. 2004. *Op. cit.*, p. 24-5.

⁷²⁸ DAUDÍ, Mireya Castillo. *Op. cit.*, p. 21.

⁷²⁹ PIOVESAN, Flávia. 2003a. *Op. cit.*, p. 88.

⁷³⁰ JUBILUT, Liliana Lyra. *Op. cit.*, p. 25-6.

condição do estrangeiro e o direito internacional humanitário⁷³¹. Conforme Victoria Abellán, na paráfrase de Telma Berardo:

Nos dois primeiros núcleos prevalecia a idéia do domínio reservado. Já no direito humanitário, verdadeiro embrião do sistema internacional dos direitos humanos, apesar de ser voltado à proteção dos indivíduos no estado de guerra, lhes conferia direitos, mas não lhes conferia deveres internacionais, tampouco lhes forneciam capacidade para acionar qualquer mecanismo no caso de descumprimento das regras que lhes protegiam⁷³².

A partir do Pós-Guerra Mundial esse cenário é significativamente transformado, pois que a humanidade vivencia um novo período embasado em dois movimentos: “o de constitucionalização do direito internacional e o de internacionalização do direito constitucional”. Os tratados de direitos humanos que surgem a partir de então se apresentam justamente com a função de estabelecer parâmetros mínimos de proteção dos direitos humanos e conferir aos indivíduos um novo *status* no direito internacional⁷³³.

Nas observações de Kathryn Sikkink, na citação direta de Flávia Piovesan:

O direito internacional dos direitos humanos pressupõe como legítima e necessária a preocupação de atores estatais e não estatais a respeito do modo pelo qual os habitantes de outros Estados são tratados. A rede de proteção dos direitos humanos internacionais busca redefinir o que é matéria de exclusiva jurisdição doméstica dos Estados⁷³⁴.

A grande importância do tema direitos humanos, de acordo com Norberto Bobbio, decorre do fato de estar extremamente ligado aos dois problemas fundamentais da contemporaneidade: a democracia e a paz:

O reconhecimento e a proteção dos direitos do homem formam a base das constituições democráticas, e, ao mesmo tempo, a paz é o pressuposto necessário para a proteção efetiva dos direitos do homem em cada Estado e no sistema internacional. [...]. Hoje, estamos cada vez mais convencidos de que o ideal da paz perpétua só pode ser perseguido através de uma democratização progressiva do sistema internacional e que essa democratização não pode estar separada da gradual e cada vez mais efetiva proteção dos direitos do homem acima de cada um dos Estados. Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e efetivamente protegidos não existe democracia, sem democracia não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos que surgem entre os indivíduos, entre grupos e entre as grandes coletividades tradicionalmente indóceis e tendencialmente autocráticas que são os Estados, apesar de serem democráticas com os próprios cidadãos⁷³⁵.

⁷³¹ Victoria Abellán *apud* BERARDO, Telma. 2003. *Op. cit.*, p. 70.

⁷³² *Idem, ibidem*, p. 70.

⁷³³ BERARDO, Telma. 2003. *Op. cit.*, p. 71.

⁷³⁴ Kathryn Sikkink *apud* PIOVESAN, Flávia. 2003a. *Op. cit.*, p. 88.

⁷³⁵ BOBBIO, Norberto. 2004. *Op. cit.*, p. 223.

A idéia da universalidade da natureza humana é antiga, apesar de ter surgido na história do ocidente com o cristianismo, mas a transformação dessa idéia filosófica em instituição política é uma inovação recente:

[...] em um modo diferente e de certa maneira revolucionário de regular as relações entre governantes e governados, acontece somente na Idade Moderna através do jusnaturalismo, e encontra a sua primeira expressão politicamente relevante nas declarações de direitos do fim do século XVIII. Chamem-na de invenção ou inovação, mas quando lemos, não mais em um texto filosófico, como o segundo ensaio sobre o governo civil de John Locke, mas em um documento político como a Declaração dos Direitos da Virgínia, de 1778: “todos os homens são por natureza igualmente livres e possuem alguns direitos inatos dos quais, ao entrar no estado de sociedade, não podem, por nenhuma convenção, privar nem despojar a sua posteridade”, temos de admitir que nasceu naquele momento uma nova, e quero dizer aqui literalmente sem precedentes, forma de regime político, que não é mais apenas o governo das leis contraposto ao dos homens, já louvado por Aristóteles, mas o governo que é ao mesmo tempo dos homens e das leis, dos homens que fazem as leis, e das leis que encontram um limite em direitos preexistentes dos indivíduos que as próprias leis não podem ultrapassar, em uma palavra, o Estado Liberal moderno que se desdobra sem solução de continuidade, e por desenvolvimento interno, no Estado Democrático⁷³⁶.

Para Norberto Bobbio⁷³⁷, afirmar que o ser humano possui direitos preexistentes à instituição do Estado, ou seja, de um poder ao qual é atribuída a tarefa de tomar decisões coletivas, que, uma vez tomadas, devem ser obedecidas por todos aqueles que constituem aquela coletividade, significa reformular completamente a concepção tradicional da política a partir de pelo menos dois pontos de vistas diferentes: a da prevalência do governado e a da primazia do direito.

a) da prevalência do governado: significa a consideração da relação política não mais do ponto de vista do governante, mas do governado.

Contrapõe-se o indivíduo, considerado singularmente, à sociedade, em especial àquele ente político plenamente organizado que é a *res publica* ou o Estado, ou seja, “à totalidade que por uma antiga tradição foi considerada superior às suas partes”.

Nessa primeira inversão, considera-se a relação política não mais do ponto de vista do governante, mas do governado, não mais de cima para baixo, mas de baixo para cima, onde o “baixo” não é mais o povo como entidade coletiva, mas os seres humanos que se agregam com outros cidadãos para formar uma vontade geral. Desse modo, abandona-se definitivamente a concepção organicista que, todavia, fora dominante durante séculos,

⁷³⁶ BOBBIO, Norberto. 2004. *Op. cit.*, p. 224.

⁷³⁷ *Idem, ibidem*, p. 224-5.

deixando traços indeléveis na linguagem política, na qual ainda se fala de “corpo político” e de “órgãos” do Estado; e

b) a primazia do direito: considera-se o direito e não mais o dever como antecedente na relação moral e na relação jurídica, ao contrário do que havia acontecido em uma antiga tradição através de obras clássicas, que vão de “dos deveres” (*de officiis*) de Cícero a “deveres do homem” de Giuseppe Mazzini, passando por “*de officio hominis et civis*” de Samuel Von Pufendorf.

Conforme Norberto Bobbio, a prevalência do direito não implica, em absoluto, a eliminação do dever, “pois direito e dever são dois termos correlatos e não se pode afirmar um direito sem afirmar ao mesmo tempo o dever do outro de respeitá-lo”. Contudo:

[...] qualquer um que tenha certa familiaridade com a história do pensamento político aprendeu que o estudo da política sempre foi direcionado para dar maior destaque aos deveres do que aos direitos do cidadão - basta pensar no tema fundamental da chamada obrigação política -, aos direitos e poderes do soberano do que aos do cidadão, em outras palavras, a atribuir a posição de sujeito ativo na relação mais ao soberano do que aos súditos⁷³⁸.

Por mais que Norberto Bobbio julgue necessário ter bastante cuidado ao analisar eventuais reviravoltas, saltos qualitativos ou revoluções de época, não hesitou em afirmar que “a proclamação dos direitos humanos dividiu em dois o curso histórico da humanidade no que diz respeito à concepção da relação política”. Em sua opinião, trata-se de:

[...] um sinal dos tempos, para retomar a expressão inicial, o fato de que, para tornar cada vez mais evidente e irreversível essa reviravolta, convirja até se encontrar, sem se contradizer, as três grandes correntes do pensamento político moderno: o liberalismo, o socialismo e o cristianismo social. Elas convergem apesar de cada uma delas conservar a própria identidade na preferência atribuída a certos direitos mais do que a outros, originando assim um sistema complexo, cada vez mais complexo, de direitos fundamentais cuja integração prática é muitas vezes dificultada justamente pela sua fonte de inspiração doutrinária diversa e pelas diferentes finalidades que cada uma delas se propõe a atingir, mas que, ainda assim, representa uma meta a ser conquistada na auspiciada unidade do gênero humano⁷³⁹.

Para Norberto Bobbio, o direito internacional dos direitos humanos converge no sentido da defesa do ser humano, argumentando o que segue:

Os direitos do homem, apesar de terem sido considerados naturais desde o início, não foram dados de uma vez por todas. Basta pensar nas vicissitudes da extensão dos direitos políticos. Durante séculos não se considerou de forma alguma natural que as mulheres votassem. Agora, podemos também dizer que não foram

⁷³⁸ BOBBIO, Norberto. 2004. *Op. cit.*, p. 225.

⁷³⁹ *Idem, ibidem*, p. 226.

dados todos de uma vez e nem conjuntamente. Todavia, não há dúvida de que as várias tradições estão se aproximando e formando juntas um único grande desenho da defesa do homem, que compreende os três bens supremos da vida, da liberdade e da segurança social. Defesa do quê? A resposta que nos provém da observação da história é muito simples e clara: do Poder, de toda forma de Poder. A relação política por excelência é uma relação entre poder e liberdade. Há uma estreita correlação entre um e outro. Quanto mais se estende o poder de um dos dois sujeitos da relação, mais diminui a liberdade do outro, e vice-versa. Pois bem, o que distingue o momento atual em relação às épocas precedentes e reforça a demanda por novos direitos é a forma de poder que prevalece sobre todos os outros. A luta pelos direitos teve como primeiro adversário o poder religioso; depois, o poder político; e, por fim, o poder econômico. Hoje, as ameaças à vida, à liberdade e à segurança podem vir do poder sempre maior que as conquistas da ciência e das aplicações dela derivadas dão a quem está em condição de usá-las. Entramos na era que é chamada de pós-moderna e é caracterizada pelo enorme progresso, vertiginoso e irreversível, da transformação tecnológica e, conseqüentemente, também tecnocrática do mundo. Desde o dia em que Bacon disse que a ciência é poder, o homem percorreu um longo caminho! O crescimento do saber só fez aumentar a possibilidade do homem de dominar a natureza e os outros homens⁷⁴⁰.

Conforme pontua Flávia Piovesan, na medida em que guardam relação direta com os instrumentos internacionais de direitos humanos - que lhes atribuem direitos fundamentais imediatamente aplicáveis -, os indivíduos passam a ser concebidos como sujeitos de direito internacional. Assim:

Na condição de sujeitos de direito internacional, cabe aos indivíduos o acionamento direto de mecanismos internacionais, como é o caso da petição ou comunicação individual, mediante a qual um indivíduo, grupos de indivíduos ou, por vezes, entidades não-governamentais, podem submeter aos órgãos internacionais competentes denúncia de violação de direito enunciado em tratados internacionais. No entanto, ainda é necessário democratizar determinados instrumentos e instituições internacionais, a fim de que possam prover um espaço participativo mais eficaz, que permita maior atuação de indivíduos e de entidades não-governamentais mediante legitimação ampliada nos procedimentos e instâncias internacionais⁷⁴¹.

Em sentido contrário, José Francisco Rezek afirma que:

[...] a proposição, hoje freqüente, do indivíduo como sujeito de direito das gentes pretende fundar-se na assertiva de que certas normas internacionais criam direitos para as pessoas comuns, ou lhes impõem deveres. É preciso lembrar, porém, que os indivíduos - diversamente dos Estados e das organizações - não se envolvem, a título próprio, na produção do acervo normativo internacional, nem guardam qualquer relação direta e imediata com esse corpo de normas. Muitos são os textos internacionais voltados à proteção do indivíduo. Entretanto, a flora e a fauna também constituem objeto de proteção por normas de direito das gentes, sem que se lhes tenha pretendido, por isso, atribuir personalidade jurídica. É certo que indivíduos e empresas já gozam de personalidade em direito interno, e que essa virtude poderia repercutir no plano internacional na medida em que o direito das gentes não se teria limitado a protegê-las, mas teria chegado a atribuir-lhes a titularidade de direitos e deveres - o que é impensável no caso de

⁷⁴⁰ BOBBIO, Norberto. 2004. *Op. cit.*, p. 229.

⁷⁴¹ *Idem, ibidem*, p. 244-5.

coisas juridicamente protegidas, porém despersonalizadas, como as florestas e os cabos submarinos⁷⁴².

No mesmo sentido é a opinião de Mireya Castillo Daudí, ao asseverar que inclusive em determinados âmbitos do direito internacional privado, o indivíduo tem a capacidade para reclamar seus direitos e responder por suas obrigações por meio de reclamação internacional, porém, na esfera do direito internacional público, *el individuo carece de competencias semejantes a las de otros sujetos del ordenamiento internacional y no puede homologarse con ellos*⁷⁴³.

Por sua vez, Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins entendem que:

[...] a regra ainda continua sendo a de negar ao indivíduo a condição de sujeito internacional. Faz-se necessária ainda a mediação do Estado para que o pleito do indivíduo possa ressoar internacionalmente. Ora, é bem de ver que como no mais das vezes é o próprio Estado que é o agente perpetrador destas lesões, as possíveis queixas daí decorrentes não encontram um canal natural para desaguar. Elas morrem no próprio Estado⁷⁴⁴.

Flávia Piovesan defende, todavia, que o indivíduo é efetivo sujeito de direito internacional, argumentando que “o ingresso do indivíduo, como novo ator no cenário internacional, pode ser evidenciado especialmente quando do encaminhamento de petições e comunicações às instâncias internacionais, denunciando a violação de direito internacionalmente assegurado”⁷⁴⁵. De qualquer modo:

É inconcebível e inaceitável persistirmos no equívoco de se justificar toda e qualquer atuação e ação das pessoas, sob o manto da obediência a ordens superiores. Esta foi, sem dúvida, a escusa dada por inúmeros soldados e chefes nazistas, escusa essa que, sob a nova ótica do indivíduo na condição de sujeito de direito internacional, deve ser banida e expurgada, buscando-se a responsabilização criminal de tais indivíduos, pois com o pós-Segunda Guerra, a questão dos direitos humanos deixou de ser limitada à jurisdição interna de um determinado Estado, passando a ser interesse de toda a coletividade, de toda a humanidade⁷⁴⁶.

Nas palavras de Denise Hauser:

Las cuestiones relativas a los derechos humanos, tras el fenómeno de la internacionalización de los mismos, no más está sometida a la jurisdicción interna de los Estados, pero constituye materia de interés internacional. Tras la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de la adopción de ambos los Pactos de Derechos Humanos - el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales -, como de la aprobación de diversas convenciones internacionales de protección a los

⁷⁴² José Francisco Rezek *apud* PIOVESAN, Flávia. 1999a. *Op. cit.*, p. 244, nota 7.

⁷⁴³ DAUDÍ, Mireya Castillo. *Op. cit.*, p. 21.

⁷⁴⁴ Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins *apud* PIOVESAN, Flávia. 1999a. *Op. cit.*, p. 244, nota 7.

⁷⁴⁵ PIOVESAN, Flávia. 1999a. *Op. cit.*, p. 244, nota 7.

⁷⁴⁶ GUERRA, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues. *Op. cit.*, p. 106.

*derechos humanos, los Estados adquieren obligaciones en la tarea de garantizar la plena aplicación de los derechos protegidos en estos instrumentos. Los individuos pasan a ser sujetos del derecho internacional, dotados de derechos y libertades inalienables e imprescriptibles, por lo cual cabe al Estado respetarlos y proporcionar los instrumentos que propicien su pleno disfrute*⁷⁴⁷.

Destarte, as transformações decorrentes do movimento de internacionalização dos direitos humanos, além de ascender o princípio da dignidade humana à categoria de valor-fundamento da pessoa humana, contribuíram para o processo de democratização do próprio cenário internacional, já que, ao lado do Estado, novos sujeitos de direito passam a participar da arena internacional, como os indivíduos e as organizações não-governamentais⁷⁴⁸.

Então, os indivíduos passaram a ser reconhecidos como sujeitos de direito internacional, que tradicionalmente era um campo restrito aos Estados. Deste modo, não há como negar, atualmente, a posição de sujeito aos indivíduos no direito internacional⁷⁴⁹. Nas palavras de Fabiana de Oliveira Godinho:

Os esforços para a efetivação dos ideais de dignidade humana perpassam necessária e primariamente o conhecimento dos instrumentos e dos mecanismos desenvolvidos para tal. Nesse sentido, reforça-se a importância da compreensão do direito internacional dos direitos humanos [...] ramo do direito que confere a principal estrutura de proteção subsidiária dos indivíduos no mundo, bem como de sua afirmação como sujeitos ativos perante os Estados⁷⁵⁰.

Portanto, o direito internacional dos direitos humanos tem como características fundamentais a dignidade humana e a nova reconfiguração jurídica do indivíduo como sujeito de direito internacional. Resta saber se a universalização da proteção dos direitos humanos, que implica em intervenções no plano nacional, afronta o princípio da soberania dos Estados.

⁷⁴⁷ HAUSER, Denise. *Op. cit.*, p. 121.

⁷⁴⁸ PIOVESAN, Flávia. 1999a. *Op. cit.*, p. 244.

⁷⁴⁹ BERARDO, Telma. 2003. *Op. cit.*, p. 71.

⁷⁵⁰ GODINHO, Fabiana de Oliveira. *Op. cit.*, p. 160.

CAPÍTULO 2

A RELATIVIZAÇÃO DA SOBERANIA FACE À EFETIVAÇÃO DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Apresentados os subsídios necessários à compreensão do estudo, adentra-se à discussão sobre o conceito de soberania face à efetivação da proteção internacional dos direitos humanos. O norte da pesquisa tem como fundamento duas premissas: a primeira delas está embasada na legitimidade da intervenção na jurisdição doméstica dos Estados sempre que houver desrespeito aos direitos humanos.

Desse modo, a necessidade da intervenção humanitária relativizaria os predicados internacionais de soberania e autodeterminação atribuídos ao Estado, mas seria um procedimento legítimo diante da outra face da situação, constituída pela necessária garantia internacional dos direitos humanos; a segunda premissa sustenta que o sistema de proteção internacional dos direitos humanos não ameaçaria a soberania nacional dos Estados, sob o argumento de que o caráter protetivo seria complementar e subsidiário, ou seja, apenas na hipótese de o Estado não cuidar devidamente da proteção dos direitos humanos é que o sistema internacional humanitário entraria em ação.

A primeira premissa tem como base a relativização da soberania face à necessária proteção dos direitos humanos. A segunda autoriza a intervenção internacional para garantir a tutela dos direitos humanos quando do não-exercício ou má-gestão da devida proteção pelo Estado, situação que extrapolaria a questão da soberania do Estado, pois, embora a soberania permaneça como poder estatal em um primeiro momento, a partir do instante em que o Estado deixa de atender aos direitos humanos, abdica da sua soberania nesse particular.

O objetivo é apresentar um entendimento no sentido de uma relativização da soberania dos Estados face à efetivação da proteção internacional dos direitos humanos, em razão da soberania trazer em seu conceito o elemento “dignidade humana”, sendo que sua proteção é inerente. Dito de outro modo, quando ocorre a intervenção humanitária na

jurisdição doméstica dos Estados para proteger direitos humanos, não se está diante de uma pretensa diminuição da soberania, mas da sua concretização, já que não existe soberania sem a garantia da dignidade humana que, ao final, traduz-se na vontade geral da nação.

Um Estado que não realiza a dignidade humana não exercita a sua soberania. A soberania, então, é relativa, não somente em decorrência da internacionalização dos direitos humanos, mas também porque nunca existiu uma soberania absoluta, simplesmente em razão de que o ser humano, sociável por natureza e vivendo em sociedade, submete-se a regras de conduta, instituídas para dirimir conflitos e promover a paz social, isto é, convencionou-se ceder parte de sua liberdade em benefício da convivência social.

Surge, assim, o direito como produto social para impor certos limites para que a liberdade de um não exceda a liberdade do outro. A sociedade formada pelos indivíduos foi sendo gradativamente organizada, surgindo o Estado, hoje concebido como a “sociedade de pessoas independentes estabelecidas de maneira permanente e definitiva em um território fixo e determinado, com um governo, autônomo que os dirija e os conduza à realização do direito”⁷⁵¹.

O mesmo raciocínio da liberdade do indivíduo ante o grupo social transfere-se para um conceito macro envolvendo Estado e ordem internacional. Nelson Luz, ainda em 1953, já afirmava que:

Os discursos de praça pública, quando pretendem acicatar os brios populares, sempre lançam, em alto e bom tom, através dos trancelins de ouro dos verbos inflamados, o sagrado dever da pátria, os compromissos de honra para com a soberania; esquecidos de que ou a liberdade é um conceito limitado, ou deixa de ter sentido⁷⁵².

Significa dizer que o ser humano é livre por natureza, juntamente com a sustentação de um ser sociável, e com isso, necessita de um governo que, por ele mesmo estabelecido em sua associação política, assegure e conserve seu direito inato à liberdade, sendo esta, inevitavelmente limitada em sua plenitude, por meio de leis, normas que foram estabelecidas, através dos tempos, de acordo com a evolução humana em suas associações políticas. Traduzindo-se para o conceito de soberania, a liberdade do Estado está limitada pelo direito. A dignidade humana, embora preexistente a toda e qualquer normatividade, é

⁷⁵¹ MAGALHÃES, Ruyrillo de. **Direito e segurança pública**. São Paulo: Átomo, 2000. p. 26.

⁷⁵² LUZ, Nelson. **O problema da soberania e o direito das gentes**. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, v. 1, p. 170-177. Paraná: UFPR, 1953. p. 176.

assegurada pelo direito positivo como verdadeiro princípio universal e inviolável. A positivação jurídica serve justamente para realçar o compromisso ético-jurídico do Estado em velar pela dignidade humana. Sobre a positivação dos direitos humanos, Emerson Garcia lembra que:

[...] alguns atos internacionais de proteção dos direitos humanos, longe de desempenharem um papel constitutivo, têm natureza essencialmente declaratória, pois visam à proclamação formal de valores já disseminados pela sociedade internacional. Considerando que os direitos humanos estão estritamente relacionados à ética e à moral da sociedade, pode-se afirmar que os direitos que melhor refutam esses valores serão aqueles com maiores chances de êxito na implementação, ainda que não seja divisada a existência de um ato formal contemplando-os. De qualquer modo, além de facilitar a individualização e a compreensão dos direitos humanos, ainda contribuem para sedimentar a existência de um “núcleo duro” ou *standard minimum* desses direitos, que não pode ser subtraído do indivíduo, temporária ou definitivamente, ainda que a adversidade assuma proporções extremas. Nesse particular, é emblemático o artigo 4º, do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos, o qual, após autorizar que em situações excepcionais, que ponham em perigo a vida da nação, os Estados suspendam as obrigações contraídas no Pacto, ressalta que não é autorizada nenhuma derrogação do direito à vida (artigo 6º - ressalvada a aplicação da pena de morte nos casos previstos), do direito a não ser submetido a tortura nem a penas ou a tratamentos cruéis, inumanos ou degradantes (artigo 7º), do direito de não ser submetido à escravidão ou mantido em servidão (artigo 8º), do direito a não ser encarcerado pelo simples fato de não poder cumprir uma obrigação contratual (artigo 11), do direito à ir retroatividade da lei penal incriminadora (artigo 15), do direito ao reconhecimento da personalidade jurídica (artigo 16) e do direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião (artigo 18)⁷⁵³ (grifos do autor).

Porém, ainda conforme Emerson Garcia:

[...] à ampliação do *rol* de atos internacionais de proteção dos direitos humanos não pode ser associada uma ampla e irrestrita derrocada das feições clássicas do conceito de soberania: em regra, as convenções internacionais vinculam unicamente aos Estados-partes, o que é reflexo da perspectiva contratualista dos tratados, não sendo incomum a realização de reservas às suas disposições. A possibilidade de reservas, embora possa soar paradoxal quando cotejada com a natureza e a importância dos direitos humanos, tem sido essencial à superação de divergências pontuais e à paulatina construção de ideais comuns a todos os Estados. Esse quadro tem exigido dos operadores do direito internacional um esforço interpretativo no sentido de identificar aqueles direitos verdadeiramente fundamentais à espécie humana, contribuindo para a sua subtração de uma esfera voluntarista e integralmente sujeita à soberania estatal⁷⁵⁴.

Esse pensamento, contudo, não traduz a tese defendida neste estudo, eis que na aplicação do direito internacional dos direitos humanos se faz imprescindível à identificação de direitos verdadeiramente fundamentais ao indivíduo, no entanto, tal proceder, mesmo que identificado o ato como violador de direitos humanos, não leva a uma pretensa substituição do princípio da soberania pelo princípio da proteção da dignidade

⁷⁵³ GARCIA, Emerson. 2005. *Op. cit.*, p. 42-4.

⁷⁵⁴ *Idem, ibidem*, p. 44.

humana, pois que são dois princípios jurídicos complementares e nunca excludentes. Não se trata, portanto, de subtração de uma esfera voluntarista e integralmente sujeita à soberania estatal, mas de sua afirmação pelo direito. O exercício da soberania pelo Estado Democrático de Direito, cujo objetivo é a promoção do bem comum e do bem-estar de seus cidadãos, implica no exercício da proteção dos direitos humanos.

No âmbito internacional, a soberania confere autonomia e independência aos Estados. Porém, isso “não lhe permite atuar como bem entende na ordem internacional, invocando-a para justificar, por exemplo, atuações autoritárias, expansionistas e militaristas, que só seriam concebíveis se a soberania implicasse exclusão de valores”⁷⁵⁵.

Da mesma forma que, nos primórdios da civilização humana, os indivíduos aceitaram submeter parte de sua liberdade em benefício da convivência social pacífica, os Estados soberanos, com o intuito de assegurar que o sistema internacional funcione dentro de uma mínima ordem necessária à convivência harmoniosa, se submetem a aceitar e a respeitar as leis internacionais. Isso não quer dizer que o Estado perde sua soberania, também necessária para o bom funcionamento do sistema internacional. Ao aceitarem as leis internacionais, os Estados não deixam de ser soberanos, pois mantêm suas competências, mas tal soberania é limitada pelo direito internacional.

Destarte, a dignidade humana, princípio universal do direito internacional dos direitos humanos, não diminui a soberania dos Estados, ao contrário, reafirma seu conceito enquanto manifestação do poder estatal limitado pelo direito. Na verdade, não é o conceito de soberania que precisa ser revisto. Nada mudou com a efetivação da proteção internacional dos direitos humanos. Foi o conceito de direito que sofreu mutações, refletindo no conceito de soberania. A soberania, na definição bodiniana, é absoluta, dentro dos limites conferidos pelo direito natural e pelas leis de Deus. Continua, destarte, na concepção bodiniana, ainda absoluta, porém agora nos limites conferidos no âmbito interno pelos direitos fundamentais e na esfera externa pelo direito internacional dos direitos humanos. Direitos humanos estes, definidos como *derechos inmanentes, inherentes a todos los seres humanos, inseparables de su dignidad*. Recorde-se que:

El derecho internacional de los derechos humanos es una expresión anfibológica, es decir, imprecisa, que designa, por una parte, el conjunto de regias de derecho internacional relativas a los derechos humanos; por otra parte, la expresión se refiere a la rama de la ciencia jurídica internacional que

⁷⁵⁵ SÁ, Luís. **A crise das fronteiras**. Lisboa: Edições Cosmos, 1997. p. 160.

*estudia los derechos humanos; y por último, el derecho internacional de los derechos humanos es una asignatura del plan de estudios de la licenciatura en derecho, que estudia la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales por el ordenamiento jurídico internacional, a la luz de la doctrina y de la jurisprudencia internacionales. En el derecho internacional actual, la protección de los derechos humanos ha sido y es el objeto de numerosísimos instrumentos internacionales de diversa naturaleza jurídica. El conjunto de estas disposiciones integra hoy una rama expansiva del ordenamiento jurídico internacional: el derecho internacional de los derechos humanos*⁷⁵⁶.

As características mais sobressalentes do direito internacional dos direitos humanos são assim enumeradas por Mireya Castillo Daudí:

a) *el derecho internacional de los derechos humanos es un derecho heterogéneo, principalmente, de naturaleza convencional y, en consecuencia, relativo, en el sentido de lo dispuesto en los artículos 26 y 34 del Convénio sobre el Derecho de los Tratados de 1969. En efecto, la situación de cada Estado respecto de cada uno de los convénios internacionales de protección de los derechos humanos origina una gran diversidad en cuanto al derecho aplicable en cada caso, ratione personae, ratione materiae, ratione loci y ratione temporis; b) al vincularse por los tratados de derechos humanos, los Estados se comprometen solemnemente a respetar sus obligaciones y a hacer compatible su derecho interno con sus compromisos internacionales. Los Estados-partes en esos convénios internacionales se hacen responsables ante los Estados que han aceptado los mismos textos, ante los beneficiarios de los mismos, y ante la comunidad internacional; c) el derecho internacional convencional de los derechos humanos genera obligaciones que no son sinalagmáticas, es decir, no son obligaciones*⁷⁵⁷ *recíprocas de un Estado frente a otro Estado, sino que son obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto. En este sentido, el Tribunal Internacional de Justicia, en su sentencia de 11 de julio de 1996, asunto relativo a la aplicación del Convénio para la prevención y la represión del crimen de genocidio (Bosnia-Herzegovina c. Yugoslavia) declaró: “por lo que se refiere a la naturaleza del Convénio sobre el Genocidio, el Tribunal recuerda que [...] en dicho Convénio, los Estados contratantes no tienen intereses propios sino que tienen exclusivamente, todos y cada uno, un interés común, el de preservar los fines superiores que constituyen la razón de ser del Convénio. De ello resulta que, en un Convénio de tal naturaleza, no se puede hablar de ventajas o desventajas individuales de los Estados, ni tampoco de un equilibrio contractual exacto entre los derechos y las obligaciones”. Consecuentemente, las obligaciones asumidas por los Estados en virtud de tales Convénios no están sujetas a la condición de reciprocidad y no les resultaría de aplicación el principio inadimpletus non est adimplendum, que consagra el artículo 60 del Convénio sobre el Derecho de los Tratados de 1969; d) el Tribunal Internacional de Justicia ha subrayado otro rasgo del derecho internacional convencional de los derechos humanos, en su sentencia de 27 de junio de 1986, asunto relativo a las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América): “[...] cuando los derechos humanos están protegidos por convénios internacionales, esta protección consiste en las disposiciones previstas en el texto de los propios convénios, que tienen por objeto asegurar o garantizar el respeto de tales derechos”*⁷⁵⁸ (grifos do autor).

Convém, por fim, apresentar o comentário de Sahid Maluf, quando diz que:

⁷⁵⁶ DAUDÍ, Mireya Castillo. *Op. cit.*, p. 15.

⁷⁵⁷ *Idem, ibidem*, p. 15.

⁷⁵⁸ *Ibid*, p. 15-6.

A soberania é limitada pelos princípios de direito natural, pelo direito grupal, isso é, pelos direitos dos grupos particulares que compõem o Estado (grupos biológicos, pedagógicos, econômicos, políticos, espirituais etc.), bem como pelos imperativos da coexistência pacífica dos povos na órbita internacional⁷⁵⁹.

Considerando que somente a nação é de direito natural, enquanto o Estado é criação da vontade humana, e considerando que o Estado não tem autoridade nem finalidade próprias, mas é uma síntese dos ideais da comunhão que ele representa, Sahid Maluf entende que o Estado é o órgão executor da soberania nacional, deixando claro que a soberania provém não da realidade jurídica, mas da realidade humana, o que leva à afirmação de que a soberania é limitada pelos princípios de direito natural, pelos direitos dos grupos particulares que compõem o Estado, bem como pelos imperativos da coexistência pacífica dos povos na órbita internacional. E ressalta que o Estado existe para servir ao povo e não o povo para servir ao Estado.

O exercício estatal do poder de soberania é limitado, destarte, pelos direitos, quer seja da pessoa humana como dos grupos e associações, tanto no âmbito interno ou internacional.

2.1 DIREITOS HUMANOS: PASSAGEM DO DEVER DO SÚDITO PARA O DIREITO DO CIDADÃO

Como decorrência da Revolução Francesa, o Estado absoluto foi substituído pelo Estado de Direito ou Estado Constitucional, refletindo na mudança do próprio conceito de soberania, que perde sua característica de “absoluta” para absorver o elemento “limitada pelo direito”. Conforme Guilherme Assis de Almeida:

O Estado absoluto coloca-se como a encarnação mais perfeita da soberania entendida como poder que não reconhece ninguém superior. Depois de 1789, a soberania, até então exercida por uma única pessoa, o rei (o soberano), passa a ser exercida pelo povo, vale dizer: a soberania popular⁷⁶⁰.

Mesmo antes, nas chamadas cartas de direitos que precederam as de 1776 na América (Revolução Americana) e a de 1789 na França (Revolução Francesa), desde a *Magna Charta Libertatum*, de 1215, até o *Bill of Rights*, de 1689:

⁷⁵⁹ MALUF, Sahid. **Teoria geral do estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 37.

⁷⁶⁰ ALMEIDA, Guilherme Assis de. 2007. *Op. cit.*, p. 3.

[...] os direitos ou as liberdades não eram reconhecidos como existentes antes do poder do soberano, mas eram concedidos ou concertados, devendo aparecer - mesmo que fossem resultado de um pacto entre súditos e soberano - como um ato unilateral deste último. O que equivale a dizer que, sem a concessão do soberano, o súdito jamais teria tido qualquer direito⁷⁶¹.

Na tentativa de resolver a constante tensão decorrente das relações entre governantes e governados, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão elege o indivíduo como titular do poder soberano. Representa, destarte, “a inversão radical do ponto de vista tradicional do pensamento político”, que “tinha por efeito a atribuição aos indivíduos não de direitos, mas, sobretudo, de obrigações, a começar pela obrigação da obediência às leis, isto é, às ordens do soberano”⁷⁶² sendo que:

Dessa inversão nasce o Estado moderno: primeiro liberal, no qual os indivíduos que reivindicam o poder soberano são apenas uma parte da sociedade; depois democrático, no qual são potencialmente todos a fazer tal reivindicação; e, finalmente, social, no qual os indivíduos, todos transformados em soberanos sem distinções de classe, reivindicam - além dos direitos de liberdade - também os direitos sociais, que são igualmente direitos do indivíduo: o Estado dos cidadãos, que não são mais somente os burgueses, nem os cidadãos de que fala Aristóteles no início do Livro III da *Política*, definidos como aqueles que podem ter acesso aos cargos públicos, e que, quando excluídos os escravos e estrangeiros, mesmo numa democracia, são uma minoria⁷⁶³.

De acordo com Norberto Bobbio, ao longo dos séculos, os códigos morais e jurídicos traduziam-se em conjuntos de regras imperativas que não estabeleciam direitos para os indivíduos, apenas obrigações. A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, ao revés, primeiro afirma que os indivíduos têm direitos (artigo 1º⁷⁶⁴) e depois declara que o governo, precisamente em consequência desses direitos, obriga-se a garanti-los (artigo 2º⁷⁶⁵). Como se vê, “a relação tradicional entre direitos dos governantes e obrigações dos súditos é invertida completamente”⁷⁶⁶. Neste sentido também é a constatação de Celso Lafer:

Os direitos humanos representam, no plano jurídico, uma inversão da figura deontológica originária, ou seja, significam uma passagem do dever do súdito para o direito do cidadão. [...]. Essa mudança do dever do súdito, determinada pelo soberano, para o direito do cidadão representa a legitimação plena da perspectiva dos governados e promove uma domesticação da perspectiva dos governantes. Contém e limita, conseqüentemente, o realismo da razão do Estado, pois o

⁷⁶¹ BOBBIO, Norberto. 2004. *Op. cit.*, p. 114.

⁷⁶² *Idem, ibidem*, p. 114.

⁷⁶³ *Ibid*, p. 113-4.

⁷⁶⁴ “Artigo 1º: os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum” (Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789).

⁷⁶⁵ “Artigo 2º: a finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a prosperidade, a segurança e a resistência à opressão” (Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789).

⁷⁶⁶ BOBBIO, Norberto. 2004. *Op. cit.*, p. 114.

governo é democraticamente para o indivíduo e não o indivíduo para o governo⁷⁶⁷.

Trata-se do que se chama de soberania popular⁷⁶⁸, cujo berço é o Estado de Direito, onde “desaparece a figura do súdito (aquele que só tem deveres) e surge a figura do cidadão (aquele que tem o direito a ter direitos)”. Ao limitar o poder soberano, o Estado de Direito garante os direitos naturais do indivíduo. Essas transformações constituem a “a própria razão de ser do novo Estado de Direito”⁷⁶⁹. Neste pensar:

No direito público da civilização comunitária, além do mais, exatamente porque ele é público, isto é, do povo (*res publica, res populi*, diziam os romanos), a soberania popular não pode confinar-se à esfera estatal, mas há de exercer-se no âmbito da sociedade como um todo⁷⁷⁰.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão estabelece, em seu artigo 16, que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”. No mesmo norte, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, ao declarar que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade” (artigo 1º), afirma o direito à liberdade, à igualdade e à fraternidade de todas as pessoas e “estabelece uma baliza do direito para evitar a repetição dos horrores causados pelo Estado totalitário”⁷⁷¹. Na interpretação de René Cassin:

A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1948, retirou da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, o que continha de universal, a saber, os grandes princípios de liberdade, igualdade e fraternidade. Foi mais longe ao proscrever todas as discriminações entre os membros da família humana, no que concerne ao gozo das liberdades fundamentais, quer seja por motivo de sexo, raça, língua ou religião, opiniões, origem nacional ou social, fortuna, nascimento e situação, ou por motivo do estatuto político, jurídico ou internacional do país ou território de que sejam habitantes. E proclama o direito de todo indivíduo a uma nacionalidade e o de todo perseguido a um asilo⁷⁷².

Tais declarações foram destinadas a substituir o súdito pelo cidadão e, com efeito, gradualmente lograram o intento. Na atualidade, o próprio conceito de democracia foi

⁷⁶⁷ LAFER, Celso. **A soberania e os direitos humanos**. In: *Revista de Cultura e Política “Lua Nova”*, nº 35, p. 137-148. São Paulo: CEDEC, 1995. p. 140-1.

⁷⁶⁸ “A soberania do Estado absoluto pode ser definida como o poder de decidir em última instância. Quem tem este poder é o soberano, o rei. Já a soberania popular define-se como o poder de decidir em última instância, de acordo com a lei. A decisão final já não é absoluta; encontra limite, qual seja, a Lei” (ALMEIDA, Guilherme Assis de. 2007. *Op. cit.*, p. 4, nota 10).

⁷⁶⁹ ALMEIDA, Guilherme Assis de. 2007. *Op. cit.*, p. 4.

⁷⁷⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *Op. cit.*, p. 542-3.

⁷⁷¹ ALMEIDA, Guilherme Assis de. 2007. *Op. cit.*, p. 4.

⁷⁷² *Idem, ibidem*, p. 4.

atrelado, inexoravelmente, ao conceito de direitos humanos. Assim, “se se elimina uma concepção individualista da sociedade, não se pode mais justificar a democracia do que aquela segundo a qual, na democracia, os indivíduos, todos os indivíduos, detêm uma parte da soberania”. E no questionamento de Norberto Bobbio, “como foi possível firmar de modo irreversível esse conceito senão através da inversão da relação entre poder e liberdade, fazendo-se com que a liberdade precedesse o poder?”⁷⁷³. Nas suas palavras:

Tenho dito freqüentemente que, quando nos referimos a uma democracia, seria mais correto falar de soberania dos cidadãos e não de soberania popular. “Povo” é um conceito ambíguo, do qual se serviram também todas as ditaduras modernas. É uma abstração por vezes enganosa: não fica claro que parcela dos indivíduos que vivem num território é compreendida pelo termo “povo”. As decisões coletivas não são tomadas pelo povo, mas pelos indivíduos, muitos ou poucos, que o compõem. Numa democracia, quem toma as decisões coletivas, direta ou indiretamente, são sempre e apenas indivíduos singulares, no momento em que depositam seu voto na urna. Isso pode soar mal para quem só consegue pensar a sociedade como um organismo; mas, quer isso agrade ou não, a sociedade democrática não é um corpo orgânico, mas uma soma de indivíduos. Se não fosse assim, não teria nenhuma justificação o princípio da maioria, o qual, não obstante, é a regra fundamental de decisão democrática. E a maioria é o resultado de uma simples soma aritmética, onde o que se soma são os votos dos indivíduos, um por um. Concepção individualista e concepção orgânica da sociedade estão em irremediável contradição. É absurdo perguntar qual é a mais verdadeira em sentido absoluto. Mas não é absurdo - e sim absolutamente razoável - afirmar que a única verdadeira para compreender e fazer compreender o que é a democracia é a segunda concepção, não a primeira⁷⁷⁴.

Desta feita, os direitos humanos, antes afirmados nas Constituições dos Estados, são hoje reconhecidos e solenemente proclamados no âmbito da comunidade internacional, com uma conseqüência que abalou literalmente a doutrina e a prática do direito internacional: “todo indivíduo foi elevado a sujeito potencial da comunidade internacional, cujos sujeitos até agora considerados eram, eminentemente os Estados soberanos”. O direito das gentes foi transformado em direito das gentes e dos indivíduos⁷⁷⁵.

Este processo histórico, ao reconhecer direitos e não só deveres dos indivíduos põe termo a uma época em que o direito internacional era confinado a regular relações entre Estados, no âmbito estritamente governamental.

Apesar de vocacionado para regular as relações mantidas entre Estados soberanos, “o direito internacional viu-se envolto num processo de ampliação de sua incidência a outros sujeitos, ocupando o indivíduo um plano mais avançado nesse processo

⁷⁷³ BOBBIO, Norberto. 2004. *Op. cit.*, p. 114; 115.

⁷⁷⁴ *Idem, ibidem*, p. 115.

⁷⁷⁵ *Ibid*, p. 116.

evolutivo”⁷⁷⁶.

Esta nova concepção abandona o velho conceito de soberania estatal absoluta, que considerava, na acepção tradicional, como sendo os Estados os únicos sujeitos de direito internacional público. Nas informações trazidas por Valério de Oliveira Mazzuoli:

É neste cenário que começa a aparecer, então, os primeiros contornos do direito internacional dos direitos humanos, afastando-se a idéia de soberania absoluta dos Estados, em seu domínio reservado, e erigindo os indivíduos à posição, de há muito merecida, de sujeitos de direito internacional, dando-lhes mecanismos processuais eficazes para a salvaguarda de seus direitos internacionalmente protegidos. No entanto, é a partir da Segunda Guerra Mundial que o direito internacional dos direitos humanos, efetivamente, se consolida. Nascido dos horrores da era “Hitler”, e da resposta às atrocidades cometidas a milhões de pessoas durante o nazismo, estes acordos internacionais protetivos dos direitos da pessoa humana têm criado obrigações e responsabilidades para os Estados no que diz respeito às pessoas sujeitas à sua jurisdição⁷⁷⁷.

Como explica Louis Henkin, o emergente direito internacional dos direitos humanos:

[...] institui obrigações aos Estados para com todas as pessoas humanas, e não apenas para com estrangeiros. Este direito reflete a aceitação geral de que todo indivíduo deve ter direitos, os quais todos os Estados devem respeitar e proteger. Logo, a observância dos direitos humanos é não apenas um assunto de interesse particular do Estado (e relacionado à jurisdição doméstica), mas é matéria de interesse internacional e objeto próprio de regulação do direito internacional⁷⁷⁸.

Nas palavras de Antônio Augusto Cançado Trindade, “não se pode visualizar a humanidade como sujeito de direito a partir da ótica do Estado; impõe-se reconhecer os limites do Estado a partir da ótica da humanidade”⁷⁷⁹. Desse modo:

Fortalece-se a idéia de que a proteção dos direitos humanos não deve reduzir-se ao domínio reservado do Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional. Por sua vez, essa concepção inovadora aponta a duas importantes consequências: a) a revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa a sofrer um processo de relativização, na medida em que são admitidas intervenções no plano nacional em *prol* da proteção dos direitos humanos - isto é, transita-se de uma concepção hobbesiana de soberania, centrada no Estado, para uma concepção kantiana de soberania, centrada na cidadania universal; e b) a cristalização da idéia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de direitos⁷⁸⁰.

⁷⁷⁶ GARCIA, Emerson. 2005. *Op. cit.*, p. 53.

⁷⁷⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos humanos e cidadania**: uma nova concepção introduzida pela Constituição Federal de 1988. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, nºs 55/56, p. 220-287. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, jan./dez. 2001b. p. 226-7.

⁷⁷⁸ Louis Henkin *apud* MAZZUOLI, Valério de Oliveira. 2001b. *Op. cit.*, p. 227.

⁷⁷⁹ Antônio Augusto Cançado Trindade *apud* PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. 1. ed., 2ª tiragem. Prefácio de Celso Lafer. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 12.

⁷⁸⁰ PIOVESAN, Flávia. 2007. *Op. cit.*, p. 12.

A conclusão é a de que o conceito de soberania sofre mutações, acompanhando a modificação dos valores protegidos pelo direito. A esse respeito, José Luís Bolzan de Moraes observa que o conceito liberal de soberania como poder incontestável conjugava-se com o Estado policial, que tinha como função garantir o valor da liberdade individual contra ingerências consideradas indevidas. Contudo, a transição do papel do Estado para o de criador de condições sociais mais igualitárias, ressalta a noção de solidariedade social e de responsabilidade comum pelo bem-estar da comunidade humana⁷⁸¹.

José Augusto Lindgren Alves afirma:

[...] o fenômeno da globalização, entre os muitos efeitos que acarreta, tem provocado alterações profundas nas idéias de soberania e cidadania vigentes no mundo ocidental desde a Revolução Francesa. Esta já modificara ambos os conceitos, antes prevaletentes na versão absolutista, ao transferir a titularidade da soberania do monarca para os cidadãos, detentores de direitos. A modificação atual é, porém, mais radical. Não tanto porque a globalização tenda a deslocar a soberania para entidades políticas supranacionais, mas porque os agentes econômicos transtornam e as tecnologias da comunicação instantânea praticamente inviabilizam seu exercício. Ao inviabilizar o exercício da soberania, a globalização incontrolada engendra o risco de anular a cidadania e, com ela, os direitos humanos. É preciso, portanto, encontrar meios de resgatar a cidadania ainda que modificada, para que a convivência humana não retorne aos modelos hobbesianos, seja o da “lei da selva”, do “homem como lobo do homem”, seja o da solução absolutista, esmagadora dos direitos. Os meios talvez possam ser os próprios direitos humanos, utilizados no discurso contemporâneo de maneira distorcida, devidamente reenforcados em sua indivisibilidade⁷⁸² (grifos do autor).

Apesar de concordar com a situação aventada por José Augusto Lindgren Alves de que a globalização acarreta, sim, importantes alterações nas relações internacionais, notadamente a transferência da titularidade da soberania do monarca para os cidadãos, detentores de direitos, a globalização não é capaz de inviabilizar o exercício da soberania dos Estados.

O processo de globalização refere-se às transformações na ordem político-econômica internacional visando à integração dos mercados em uma espécie de “aldeia global”, cuja expressão sugere que no mundo contemporâneo tomou forma uma comunidade mundial concretizada pela agilidade no transporte e na troca de informações, que resulta na interligação dos mercados e do sistema produtivo. Ressaltando a importância da informatização no processo de globalização contemporâneo, Octavio Ianni pontua que:

⁷⁸¹ José Luís Bolzan de Moraes *apud* WEIS, Carlos. *Op. cit.*, p. 32.

⁷⁸² ALVES, José Augusto Lindgren. 2005. *Op. cit.*, p. 43.

Na aldeia global, além das mercadorias convencionais, sob formas antigas e atuais, empacotam-se e vendem-se as informações. Estas são fabricadas como mercadorias e comercializadas em escala mundial. As informações, os entretenimentos e as idéias são produzidas, comercializadas e consumidas como mercadorias⁷⁸³.

A referida globalização, enquanto aproximação dos povos do globo terrestre, existe desde as migrações do *homo sapiens*, passando pelas conquistas dos romanos, a expansão do cristianismo, as navegações e descobertas de novas terras no além-mar, a difusão dos ideais da Revolução Francesa de 1789, os reflexos dos efeitos das grandes guerras mundiais, para citar alguns exemplos, até se chegar à informatização da comunicação e às facilidades de transportes. Nem por isso o exercício da soberania resultou fragilizado.

Na verdade, diante dos condicionamentos econômicos ditados pelas grandes mutações do mundo contemporâneo, não se pode, nem se deve mais falar, em se tratando de Estado, de uma soberania absoluta. A interdependência, cada vez mais crescente, nos exemplos acima citados da Europa Ocidental, através das comunidades supranacionais, exige uma completa revisão das doutrinas da soberania, autolimitada diante da nova ordem político-jurídica internacional. Suas contradições básicas em face das convicções jurídicas divergentes que, resultantes de ideologias antagônicas, dividem um mundo, hoje mais do que nunca desunido, significam, evidentemente, que o conceito clássico de soberania, o de poder ilimitado, se encontra em crise. Caminha-se, ainda que lentamente, em face da *ratione necessitatis* econômica, para uma soberania internacional, síntese da delegação de outras soberanias, a traduzir-se, em termos jurídico-políticos, numa federação, como tudo leva a crer pelo menos com relação aos Estados Unidos da Europa⁷⁸⁴.

Em suma, constata-se que o fenômeno que se convencionou por chamar de “globalização” tem surtido efeitos impressionantes na esfera jurídica, haja vista a necessidade de regulação internacional mais consentânea com as demandas atuais da comunidade internacional. Apesar da natural diversidade de interesses dos Estados, a idéia de constitucionalização das regras de conduta dessa comunidade no que se refere à proteção dos direitos humanos é cada vez mais premente, o que implica reforçar a releitura do conceito de soberania⁷⁸⁵.

Norberto Bobbio ensina que o importante não é fundamentar os direitos do ser humano, mas protegê-los, e para tanto “não basta proclamá-los”. Destarte, o problema real a ser enfrentado “é o das medidas imaginadas e imagináveis para a efetiva proteção desses direitos”⁷⁸⁶.

⁷⁸³ IANNI, Octavio. **Teorias da globalização**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996. p. 224.

⁷⁸⁴ LITRENTO, Oliveiros. **A ordem internacional contemporânea**: um estudo da soberania em mudança. Porto Alegre: Serio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 37.

⁷⁸⁵ GÓIS, Ancelmo César Lins de; BARROS, Ana Flávia Granja e. *Op. cit.*, p. 70.

⁷⁸⁶ BOBBIO, Norberto. 2004. *Op. cit.*, p. 57.

2.2 ANÁLISE DA SOBERANIA DOS ESTADOS FRENTE À INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Não é de hoje que se professa a existência de certos limites à soberania dos Estados. Jean Bodin já assinalava, em 1576, que o poder do soberano tinha limitações, notadamente as leis naturais e divinas. “A adoção das declarações de direitos em nível nacional veio confirmar a supremacia da visão bodiniana sobre a concepção absolutista hobbesiana”. A inclusão da observância dos direitos humanos entre os propósitos fundamentais das Nações Unidas e a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos representa uma mudança qualitativa nas relações internacionais, porque eleva o ser humano ao grau de sujeito do direito internacional, ocupando um espaço previamente reservado apenas aos Estados⁷⁸⁷.

Como decorrência, a Organização das Nações Unidas vem construindo “mecanismos para monitorar violações de direitos humanos nas jurisdições nacionais e cobrar providências dos governos”, porém, em tais instrumentos, “inclusive quando a Comissão dos Direitos Humanos decide estabelecer relator especial para acompanhar a situação de um país determinado, a atuação internacional não ultrapassa o nível de observação e de recomendações”. Deste modo, resguarda-se a soberania nacional, “ficando ao cargo do discernimento dos governos as decisões de responder às indagações, acolher as recomendações e cooperar com os relatores”. A sanção é de conteúdo ético, ou seja, “restringe-se a expressões de exortação ou crítica, cuja importância maior consiste no peso que adicionam aos clamores já veiculados na opinião pública”⁷⁸⁸. Destarte:

Pelo entendimento generalizado de que esses mecanismos da Organização das Nações Unidas gozam de legitimidade internacional, sem ferir a soberania nacional, praticamente todos os Estados procuram responder às demandas que lhes fazem, sem recorrerem ao princípio da não-intervenção, também entronizado na Carta da Organização das Nações Unidas. Esse é o quadro existente nas Nações Unidas para o controle internacional dos direitos humanos em tempos de paz. Não deve, pois, ser confundido com outras ações, excepcionais, determinadas pelo Conselho de Segurança seja para situações decorrentes de guerra [...]. Salvo os casos muito excepcionais, previstos na Carta das Nações Unidas, concernentes às ameaças à paz e à segurança internacionais e de competência do Conselho de Segurança, prevalece nas decisões da Organização o princípio da não-intervenção. Não há, pois, ameaças à soberania nacional, tal como definida por Jean Bodin desde o século XVI, no sistema de

⁷⁸⁷ ALVES, José Augusto Lindgren. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, 2003. p. 37.

⁷⁸⁸ *Idem*, *ibidem*, p. 37-8.

proteção dos direitos humanos das Nações Unidas. Ele tem caráter complementar e subsidiário, reconhecendo aos Estados a incumbência pela verdadeira proteção. O Brasil democrático coopera de maneira transparente com os relatores da Comissão de Direitos Humanos, por decisão soberana e consciente. Sabemos que seus objetivos são também os nossos. E numa sociedade livre não há alternativa ao diálogo e à transparência⁷⁸⁹.

Significa dizer que os mecanismos de monitoramento de violações de direitos humanos nas jurisdições nacionais, levados a efeito pelos órgãos de supervisão internacionais, à exceção do sistema de petições individuais, não ultrapassam o nível de observação e recomendação, uma vez que cabe ao discernimento dos governos as decisões em responder ou não às indagações formuladas, acolher as recomendações propostas e cooperar com os relatores.

Valério de Oliveira Mazzuoli ressalta que:

[...] o sistema de proteção internacional dos direitos humanos das Organização das Nações Unidas não ameaça a soberania nacional dos Estados, uma vez que o seu caráter de proteção é complementar e subsidiário, onde se reconhece primordialmente aos Estados a incumbência pela efetiva proteção. Apenas no caso deste não zelar pela proteção de tais direitos é que o sistema da Organização das Nações Unidas entra em ação como meio de se efetivar a proteção internacional dos direitos humanos⁷⁹⁰.

Além de jurídica, a soberania é também efetiva, cuja efetividade é condicionada pelo nível de independência econômica de cada Estado. Análise semelhante põe em relevo o papel dos “grandes Estados” nas relações internacionais⁷⁹¹.

De acordo com Valério de Oliveira Mazzuoli:

Inúmeros países, invocando a doutrina da soberania estatal, têm mesmo se utilizado do princípio da não-intervenção em assuntos internos, principalmente quando estão em posição defensiva em relação aos seus deveres internacionalmente assumidos, em matéria de direitos humanos. Não é esta, entretanto, a melhor exegese do artigo 2º, da Carta das Nações Unidas. O respeito aos direitos humanos não é assunto de interesse exclusivamente interno de um Estado, mas sim de toda a comunidade mundial. A não-ingerência em assuntos internos não pode ser interpretada como pretendendo limitar o mecanismo de monitoramento internacional em sede de direitos humanos. Estes direitos, pela universalidade e indivisibilidade que os caracteriza, não dizem respeito estrito a um ou outro Estado, mas a todos os Estados conglobados na comunidade internacional. Se existe noção alheia à proteção internacional dos direitos humanos esta noção é da soberania. É irreconciliável, pois, o seu fundamento com a dinâmica internacional de proteção desses direitos, o que implica necessariamente na abdicação ou afastamento daquela noção em prol da proteção do ser humano⁷⁹².

⁷⁸⁹ ALVES, José Augusto Lindgren. 2003. *Op. cit.*, p. 39.

⁷⁹⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. 2005. *Op. cit.*, p. 335.

⁷⁹¹ FURLAN, Fernando de Magalhães. *Op. cit.*, p. 76.

⁷⁹² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. 2005. *Op. cit.*, p. 333.

Mais uma vez ressalta-se que a questão não está no afastamento da noção de soberania em prol da proteção dos direitos humanos, mas na concretização desses direitos pelos Estados por meio do exercício da soberania.

José Augusto Lindgren Alves informa que nas relações internacionais, via de regra “os Estados interagem em defesa de interesses atinentes à respectiva soberania”, e explica:

Ainda que se trate de negociações políticas, militares, jurídicas e econômicas destinadas a criar, por processos de associação ou integração, entidades mais amplas do que os próprios Estados participantes, é a noção de soberania que rege a atuação dos protagonistas, em busca de algum tipo de ganho. Ao aderirem a tratados que contêm mecanismos de verificação intrusivos, como os da esfera do desarmamento e da não-proliferação nuclear, os Estados se comprometem a aceitar a intrusão em sua órbita interna na expectativa de auferirem alguma contrapartida concreta, como o acesso a tecnologias sensíveis⁷⁹³.

Contudo, quando a questão envolve direitos humanos, “as construções internacionais existentes ultrapassaram as noções tradicionais de soberania e interesses”, isto é:

Ao subscrever uma convenção internacional sobre direitos humanos, ao participar de organizações regionais sobre o assunto, ou, conforme é hoje interpretação corrente, pelo simples fato de integrar-se às Nações Unidas - para quem a Declaração Universal dos Direitos Humanos, se não era originalmente compulsória, tem força de *jus cogens* como direito costumeiro -, os Estados abdicam soberanamente de uma parcela da soberania, em sentido tradicional, obrigando-se a reconhecer o direito da comunidade internacional de observar e, conseqüentemente, opinar sobre sua atuação interna, sem contrapartida de vantagens concretas. Enquanto prosseguem as discussões doutrinárias sobre a correção jurídica da atribuição de *jus cogens* à Declaração Universal dos Direitos Humanos, os fatos evidenciam que as Nações Unidas a vêm aplicando na prática, e são relativamente raros, atualmente, os governos que a contestam invocando o princípio da não-ingerência⁷⁹⁴.

Conforme Carrillo Salcedo:

O princípio da não-intervenção é a pedra-de-toque do sistema internacional estatocêntrico. A pulverização das soberanias é inseparável da idéia de igualdade soberana formal, da qual decorre, por seu turno, a proibição para cada Estado de se imiscuir nos assuntos internos de outro Estado. Tratando-se de um princípio secularmente estruturante da sociedade internacional, a densificação de áreas normativas antecipadoras de uma comunidade universal e, em especial, do *corpus* normativo autônomo que é hoje o direito internacional dos direitos humanos, veio pôr em causa o alcance de tal princípio⁷⁹⁵.

Ainda sobre a intervenção humanitária, autores do século XVII já afirmavam a *licitud de la llamada intervención humanitaria*, vale dizer:

⁷⁹³ ALVES, José Augusto Lindgren. 2003. *Op. cit.*, p. 5.

⁷⁹⁴ *Idem*, *ibidem*, p. 5-6.

⁷⁹⁵ Carrillo Salcedo *apud* PUREZA, José Manuel. *Op. cit.*, p. 85-6.

*[...] del recurso a la fuerza por parte de uno o de vários Estados, con objeto de impedir los tratos crueles e inhumanos, contrários a los principios elementares de humanidad infligidos masivamente por un Estado a los extranjeros e, incluso, a sus nacionales*⁷⁹⁶.

Sobre esta forma de intervenção, Mireya Castillo Daudí cita como exemplo:

*[...] la afirmación del jurista suizo Max Huber, en el laudo arbitral de 23 de octubre de 1924, relativo al asunto de las reclamaciones británicas en la Zona española de Marruecos: “[...] el interés de un Estado en proteger a sus nacionales y sus bienes debe prevalecer sobre el respeto de la soberanía territorial [...]. Este derecho de intervención ha sido reivindicado por todos los Estados y solo sus límites pueden ser discutidos”*⁷⁹⁷ (grifo da autora).

Sem embargo, a intervenção humanitária acabou por originar inúmeros abusos porque serviu de pretexto para que os Estados invadissem e ocupassem outros Estados. Assim, *la persecución de los cristianos por el império otomano sirvió de pretexto a la intervención de las potências europeas que, en la mayor parte de los casos, solo perseguían intereses egoístas*. Contudo, hoje, *se recurre al principio de intervención humanitária, para justificar el recurso a la fuerza, por parte de los Estados o de las organizaciones internacionales, en casos de violaciones masivas de los derechos humanos*⁷⁹⁸.

Ainda nesse sentido:

*[...] os direitos humanos são violados e distorcidos, mas jamais tiveram no passado a força mobilizadora, em escala planetária, do presente. Os valores podem estar sendo usados de maneira utilitária, às vezes em empreitadas duvidosas, como a da OTAN, recentemente, no Kosovo. Entretanto, ainda que para legitimar políticas de poder, são eles agora ingredientes necessários a que os próprios Estados poderosos não podem deixar de recorrer*⁷⁹⁹.

De acordo com Emerson Garcia, há que se reconhecer que “os direitos humanos aglutinam valores verdadeiramente essenciais a qualquer grupamento, daí derivando a sua fundamentalidade e a correlata necessidade de imperativo respeito pelos Estados, tornou-se inevitável e impostergável uma releitura do conceito de soberania”. No entanto, “a universalidade aqui referida possui um colorido mais idealístico-formal do que propriamente material, já que frequentes as situações de inobservância”. É justamente a partir dessa constatação que a tão proclamada releitura da soberania, “deve encontrar ressonância no plano da realidade, legitimando a adoção de medidas para salvaguardar

⁷⁹⁶ DAUDÍ, Mireya Castillo. *Op. cit.*, p. 40.

⁷⁹⁷ *Idem, ibidem*, p. 40.

⁷⁹⁸ *Ibid*, p. 40.

⁷⁹⁹ ALVES, José Augusto Lindgren. **Os direitos humanos na pós-modernidade**. São Paulo: Perspectiva, 2005. p. 58.

aqueles que tenham seus direitos básicos e essenciais violados pelo próprio Estado de que são nacionais”⁸⁰⁰.

Na interpretação de Valério de Oliveira Mazzuoli, com respaldo na doutrina de Antônio Augusto Cançado Trindade, a última manifestação remanescente da noção tradicional de soberania, isto é, da competência nacional exclusiva, foi superada, em definitivo, no final do século passado, pela própria atuação, com aquiescência dos Estados, dos órgãos de supervisão internacionais, inclusive no plano global, por meio da Organização das Nações Unidas, não ousando hoje, nenhum governo de boa-fé, levantar a exceção do domínio reservado do Estado em detrimento da ação dos órgãos internacionais competentes em matéria de proteção dos direitos humanos, justamente porque tal intento estaria certamente fadado ao insucesso⁸⁰¹.

Não se pode negar que o respeito aos direitos humanos, preconizado em inúmeros atos internacionais, principalmente depois da Segunda Guerra Mundial, “tem contribuído para a disseminação de ações protetivas e à sedimentação na percepção de cada indivíduo da existência de uma obrigação moral à sua conservação”. Nas afirmação de Emerson Garcia:

Essa progressiva integração de determinadas normas internacionais de proteção dos direitos humanos, ainda que de origem convencional, ao direito consuetudinário, tem contribuído de forma decisiva para lhes conferir um alcance geral. Além disso, o dever de respeito aos direitos humanos há muito vem sendo realçado pela doutrina internacionalista e pode ser considerado ínsito nos princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas. Nessa linha, torna-se claro que a ordem internacional, em harmonia com as referidas fontes de direito internacional, contempladas no parágrafo primeiro do artigo 38 do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça, deve preocupar-se com a sua impostergável concretização, atenuando os outrora intangíveis dogmas da soberania e disponibilizando mecanismos verdadeiramente eficazes para a sua proteção⁸⁰².

Tal “processo evolutivo indica a existência de regras imperativas de direito internacional (*jus cogens*), possibilita o surgimento de obrigações *erga omnes*, atenuando o relativismo inerente à descentralização do sistema jurídico internacional e sedimenta o dever de observância dos interesses afeitos à sociedade internacional em seu conjunto”⁸⁰³.

⁸⁰⁰ GARCIA, Emerson. 2005. *Op. cit.*, p. 44-5.

⁸⁰¹ Antônio Augusto Cançado Trindade *apud* MAZZUOLI, Valério de Oliveira. 2005. *Op. cit.*, p. 335.

⁸⁰² GARCIA, Emerson. 2005. *Op. cit.*, p. 45.

⁸⁰³ *Idem, ibidem*, p. 45.

Tomando-se como paradigma as normas internacionais e a retórica argumentativa, e levando-se em conta o relativismo cultural, bem como os mecanismos de proteção e a efetiva concretização, constata-se que a proteção internacional dos direitos humanos é um forte indicador da universalidade desses direitos.

Sob o lumiar dessa universalidade “os Estados teriam o dever de respeitá-los e de promovê-los, com abstração de qualquer particularidade nacional ou regional e das concepções próprias das distintas culturas existentes”. Neste pensar, “os direitos humanos se dissociariam da idéia de reciprocidade, impondo o seu respeito” até mesmo “em relação aos nacionais dos Estados que normalmente os desrespeitem, sendo exigíveis de todos os Estados, independentemente das suas obrigações convencionais na matéria”⁸⁰⁴.

A par da universalidade dos direitos humanos associada à difusão e à concreção de concepções ético-morais, “tem-se a questão da sua indivisibilidade, que se refere ao caráter unitário dos direitos a serem difundidos e concretizados”. Destarte:

Ainda que o reconhecimento dos direitos individuais e dos direitos sociais seja um elemento característico das diferentes mutações verificadas na evolução do Estado de Direito, transitando de uma perspectiva abstencionista (direitos de defesa) até alcançar o comprometimento com a implementação de determinado feixe de prestações, é indiscutível o seu papel comum na busca do bem-estar social, objetivo que deveria ocupar o epicentro de qualquer estrutura de poder⁸⁰⁵.

Enfatize-se que “as distintas categorias de direitos humanos, idealizadas a partir de uma perspectiva historicista e que desempenham um relevante papel de ordem metodológica”, longe de serem concorrentes, são complementares, situação que exige seu exame a partir da unidade fundamental da concepção dos direitos humanos.

Seguindo-se esse raciocínio, pode-se identificar, além da unidade conceitual, uma correlata indivisibilidade dos direitos humanos, “todos inerentes à pessoa humana, na qual encontram seu ponto último de convergência”, ultrapassando “as formulações distintas dos direitos reconhecidos em diferentes instrumentos, assim como nos respectivos e múltiplos mecanismos ou procedimentos de implementação”⁸⁰⁶. Nas sugestões de Fernando Barcellos de Almeida:

No âmbito internacional, as organizações internacionais e nacionais, governamentais e não-governamentais, devem estimular os Estados sob regimes tidos como ditatoriais a se democratizarem, a diminuírem e acabarem com as

⁸⁰⁴ GARCIA, Emerson. 2005. *Op. cit.*, p. 46.

⁸⁰⁵ *Idem, ibidem*, p. 46-7.

⁸⁰⁶ *Ibid*, p. 47.

restrições e a alargarem os grupos beneficiados pelos direitos humanos, com respeito, porém, ao princípio da não-intervenção e sem se tomar medidas que prejudiquem mais os seus povos do que os seus governantes⁸⁰⁷.

De modo ainda mais ostensivo, quando determinado Estado, no livre e pleno exercício de sua soberania, ratifica tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, “contrai obrigações jurídicas concernentes à defesa, à proteção e à promoção destes direitos”, nascendo, a partir daí, “o dever de atuar em conformidade com o princípio da boa-fé, de forma a não obstar o cumprimento das obrigações internacionalmente assumidas”.

Significa dizer que “o Estado passa a ter a obrigação jurídica de respeitar o direito internacional, bem como passa a ter o dever de adotar todas as medidas de direito interno, harmonizando sua legislação à luz dos parâmetros internacionais”. Ressalte-se que “a legislação doméstica pode ir além, mas jamais aquém dos parâmetros protetivos mínimos”⁸⁰⁸. Destarte, como destaca Antônio Augusto Cançado Trindade: “em definitivo, a proteção internacional dos direitos humanos constitui uma conquista humana irreversível”⁸⁰⁹.

A propósito, Daniel Herrendorf e Germán Bidart Campos enfatizam que o direito internacional público tem como princípio que nenhum Estado pode opor suas normas internas para desobrigar-se de um tratado ou para não cumpri-lo, pois que “nenhuma norma interna dos Estados lhe é superior hierarquicamente”⁸¹⁰.

De fato, neste aspecto o direito internacional dos direitos humanos é explícito, desde o disposto no artigo 30 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, no sentido de que nenhuma de suas disposições “pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos”, até as normas produzidas sob sua inspiração e de semelhante conteúdo, encontradas nos tratados internacionais, como, por exemplo, o artigo 5º do Pacto

⁸⁰⁷ ALMEIDA, Fernando Barcellos de. **Teoria geral dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1996. p. 150.

⁸⁰⁸ PIOVESAN, Flávia. 2003a. *Op. cit.*, p. 94-5.

⁸⁰⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O Brasil e o direito internacional dos direitos humanos**: as duas últimas décadas (1985-2005). p. 219-250. In: OLIVEIRA, Henrique Altemani de; LESSA, Antônio Carlos (orgs.). *Relações internacionais do Brasil: temas e agendas*. V. 2. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 246.

⁸¹⁰ WEIS, Carlos. *Op. cit.*, p. 30.

Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o artigo 5º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁸¹¹, ambos com texto idêntico, *in verbis*:

Artigo 5º: 1. Nenhuma disposição do presente Pacto poderá ser interpretada no sentido de reconhecer a um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de dedicar-se a quaisquer atividades ou de praticar quaisquer atos que tenham por objetivo destruir os direitos ou liberdades reconhecidos no presente Pacto ou impor-lhes limitações mais amplas do que aquelas nele previstas. 2. Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado-parte no presente Pacto em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau.

Na interpretação de Carlos Weis, a segunda parte do citado dispositivo possui particular relevância, uma vez que “cria uma regra de inteligência para os direitos estatuídos nos tratados internacionais de direitos humanos, a ordenar que a interpretação de suas prescrições deve ser a mais ampliativa possível, de modo a lhes conferir eficácia máxima”. Neste pensar:

[...] se uma norma de direito interno definir determinado direito de maneira mais abrangente ou melhor garantir seu gozo, deve prevalecer sobre a do Pacto. A *contrario sensu*, prevalece a norma do tratado internacional quando esta for a que consagre de modo mais ampliado o direito fundamental⁸¹².

Como visto no desenvolvimento deste estudo, o processo de internacionalização dos direitos humanos tem sido lento e penoso, porém tais dificuldades não anuviam a importância da evolução jurídico-positiva já desenvolvida desses direitos. O principal entrave à proteção efetiva dos direitos humanos na arena internacional, constantemente enunciado, relaciona-se à soberania, mais propriamente à relativização da soberania dos Estados.

Emerson Garcia é enfático ao afirmar que “a proteção internacional do indivíduo importa numa grave ameaça à soberania do Estado”, ao mesmo passo em que reconhece a importância desses dois princípios: de proteção dos direitos humanos e da soberania. Evidenciando o impasse, indica como solução a idealização de mecanismos capazes de assegurar a coexistência dos referidos princípios. Nas suas palavras:

É sob a ótica da fundamentação que a internacionalização dos direitos humanos facilitou o acolhimento de seu caráter universal e supraestatal, justificando a positivação na ordem interna sem o auxílio de concepções *jusnaturalistas*, no aspecto da titularidade, contribuiu para a ampliação dos sujeitos ativos de direito internacional, sendo reconhecida essa condição, observados determinados pressupostos, ao indivíduo; e quanto aos instrumentos de proteção, permitiu que

⁸¹¹ WEIS, Carlos. *Op. cit.*, p. 30-1.

⁸¹² *Idem, ibidem*, p. 31.

a jurisdição interna não mais ocupasse um papel de exclusividade na tutela desses direitos. Embora pareça incontestável que a proteção internacional do indivíduo importa numa grave ameaça à soberania do Estado, não se pode negar que a importância desses princípios exige sejam envidados esforços no sentido de assegurar a sua coexistência, evitando que um deles seja diuturnamente invocado para aniquilar o outro. Apesar da disseminação da concepção de que os direitos humanos devem ser imperativamente observados por todos os Estados, sua transposição à realidade fenomênica, longe de ser direcionada pela estabilidade e pela universalidade indissociáveis da perspectiva idealístico-formal, tem sido caracterizada por momentos de ruptura e por uma inegável limitação de ordem espacial. Nos Estados de reduzida tradição democrática ou naqueles assolados por constantes conflitos armados, a instabilidade política e a ausência de uma sólida ideologia participativa em muito contribuem para a não-sedimentação do respeito ao ser humano como um valor verdadeiramente fundamental⁸¹³.

Emerson Garcia se preocupa com o fato de que nem mesmo nos casos em que, no plano internacional, o contorno essencial dos direitos humanos tenha assumido a condição de *jus cogens*, esse quadro sofre alterações substanciais. Informa que existem períodos de estabilidade na observância desses valores, porém, “as rupturas têm sido frequentes, o que é um claro indicador de que a perspectiva material de observância dos direitos humanos está longe de ter seus contornos sobrepostos à perspectiva idealístico-formal”⁸¹⁴.

Sem concordar com a situação de que a proteção internacional do indivíduo ameaçaria a soberania do Estado, eis que os contornos do conceito de soberania são estabelecidos pelo direito, notadamente pelo direito internacional dos direitos humanos - pois que se está a tratar da soberania na esfera internacional -, sendo que o descumprimento dos direitos humanos traduz-se no não-exercício da própria soberania, partilha-se do entendimento de Emerson Garcia quanto ao desencontro entre a teoria e a prática:

Se a referência ao universalismo dos direitos humanos é constantemente prestigiada pelos seus defensores, não se pode ignorar o relativismo verificado na transposição da abstração de suas linhas estruturais para a realidade. O universalismo, em verdade, seria uma teoria do bloco dominante, que almeja ver-se convertida em uma ideologia. Essa ideologia, por sua vez, se põe em contraste com uma grande variedade de dimensões axiológicas, vendo-se amparada pela normatização internacional dos direitos humanos e tendo como meta-valor e ponto de equilíbrio a paz universal. O desafio que se apresenta no terceiro milênio é a impostergável necessidade de romper-se com as sólidas barreiras culturais (por exemplo: a posição inferior da mulher em certas culturas), ideológicas (por exemplo: a reminiscência de concepções marxistas), econômicas (por exemplo: a insuficiência de recursos para a implementação dos direitos sociais) e técnicas (por exemplo: a insuficiência de ratificações e as reservas apresentadas em atos internacionais convencionais) que ainda conferem força às dissonâncias existentes no trato dos direitos humanos. Ultrapassado esse obstáculo, com a disseminação de valores ético-culturais de natureza comum à

⁸¹³ GARCIA, Emerson. 2005. *Op. cit.*, p. 48.

⁸¹⁴ *Idem, ibidem*, p. 49.

sociedade internacional, será possível alcançar-se o aumento das zonas de convergência quanto aos direitos verdadeiramente essenciais à dignidade humana⁸¹⁵.

De fato, “a tensão dialética entre soberania e direitos humanos ainda não foi contemplada com mecanismos de eficácia comparável à plasticidade das linhas que proclamam a preeminência dos últimos”. Embora o indivíduo seja hoje sujeito do direito internacional, ainda mais quando se trata de direitos humanos, que tem como pilar a dignidade da pessoa humana, os instrumentos de acesso às instâncias internacionais, quando existentes e disponibilizados ao indivíduo, “assentam em bases eminentemente voluntaristas”, ou seja, “o indivíduo somente pode valer-se desses mecanismos quando o Estado de que é nacional, não raras vezes o próprio algoz dos seus direitos, tenha aderido ao respectivo ato internacional e aquiescido a essa possibilidade”⁸¹⁶.

Como nem todos os Estados estão voluntariamente dispostos a permitir que forças exógenas analisem e julguem suas ações em relação ao seu povo, não é penoso concluir que são limitados, para não dizer inexistentes, os instrumentos protetores disponibilizados aos indivíduos. Ademais, de acordo com as regras de experiência, “os Estados que anuem a esses mecanismos de defesa dos direitos humanos normalmente são os que menos os violam, enquanto que os renitentes são os que mais os descumprem. Essa estranha lógica indica, com clareza, que ainda há muito a se evoluir”⁸¹⁷.

Seguindo-se esse raciocínio, denota-se uma mudança de diretriz na discussão sobre o conceito de soberania face à efetivação da proteção internacional dos direitos humanos. Enquanto no âmbito teórico-formal se discute uma pretensa relativização da soberania dos Estados decorrente da proteção dos direitos humanos, argumentando-se no sentido da sua incompatibilidade, na prática percebe-se a falta de mecanismos de acesso disponíveis aos sujeitos desses direitos. Essa situação é um indicativo de que chegou o momento de se transformar o discurso abstrato em investigação do mundo dos fatos.

Também para José Soder a proteção internacional dos direitos humanos esbarra na soberania dos Estados, argumentando que:

[...] a eficácia dessa proteção depende da internacionalização dos direitos fundamentais. Parece, porém, ao menos à primeira vista, que a própria natureza do Estado em sua característica fundamental de soberania torna impossível essa

⁸¹⁵ GARCIA, Emerson. 2005. *Op. cit.*, p. 51-2.

⁸¹⁶ *Idem, ibidem*, p. 53-4.

⁸¹⁷ *Ibid*, p. 54.

internacionalização. Efetivamente, se a soberania é predicado essencial do Estado, então as garantias internacionais dos direitos humanos, embora estabelecidas por acordos solenes, possuem apenas valor relativo. Em consequência, desde que a defesa dos interesses do indivíduo pareça ir de encontro à soberania estatal, sua proteção estará necessariamente posta em dúvida⁸¹⁸.

Identificado o dilema, José Soder aponta como solução “a reta concepção da soberania estatal e da realidade político-jurídica que está em sua base”. Por isso utiliza a expressão “ao menos à primeira vista”, pois que uma investigação mais acurada denota, no seu pensar, uma concreta compatibilidade entre os direitos humanos norteados pelo princípio da dignidade humana e a soberania dos Estados, eis que “tomando em consideração a moderna evolução do convívio internacional, o conceito e a realidade da soberania como predicado essencial ao Estado, situar-se-ão num âmbito que permita conservar o que lhes é essencial”, e do mesmo passo garantir “a proteção eficaz dos direitos e liberdades dos indivíduos”⁸¹⁹.

Verifica-se, portanto, que não existem incompatibilidades entre a soberania dos Estados e a internacionalização dos direitos humanos, pelo simples fato de que a soberania em seu conceito engloba a proteção de tais direitos:

O conceito de soberania está em conexão íntima com a natureza sociológico-jurídica de qualquer organização humana. Existe, com efeito, em toda pessoa jurídica um poder central, capaz de realizar o fim colimado por essa sociedade. Tal poder central assumirá caráter diverso, de acordo com a natureza do agrupamento humano e da finalidade que lhe é inerente. Dentro da sociedade estatal, o poder central e centralizador tomará, consequentemente, as proporções decorrentes da própria natureza do Estado. Será, então, um poder originário, congênito ao Estado como união pluripersonal, proveniente da própria natureza humana que o postula. Apresentará, porém, ao mesmo passo, características de poder último, máximo em seu gênero, visto não existir outro da mesma espécie que lhe seja superior; com efeito, desde que o Estado for independente e não houver subordinação a outro Estado como membro de federação, o poder estatal será máximo no seu gênero. Dá-se a este poder supremo dentro da comunidade estatal o nome de soberania, *suprema potestas*. Abrange dois aspectos: é a autoridade máxima na direção interna dos negócios do Estado, ao que se chama, usualmente, soberania interna ou autonomia; denota ausência de poder estatal ao qual o Estado esteja subordinado, embora só em parte, ao que se denomina soberania externa ou independência⁸²⁰.

Em algum momento chegou-se a defender o extremo de desligar o poder estatal de quaisquer liames, não apenas de outros Estados, mas inclusive do direito e da justiça. Para tanto, a meta direcionava-se no sentido do absolutismo e da consequente negação não

⁸¹⁸ SODER, José. *Op. cit.*, p. 163.

⁸¹⁹ *Idem, ibidem*, p. 163-4.

⁸²⁰ *Ibid*, p. 166.

apenas dos direitos e liberdades fundamentais dos indivíduos, mas também de quaisquer normas superiores do direito das gentes.

Destarte, o conceito de soberania extrema nega e proscree-se todo e qualquer direito internacional público. Com esse contorno de teoria da soberania absoluta, não conseguiu sobreviver, nem mesmo no âmbito acadêmico, apesar da retórica dos discursos. No mundo dos fatos, até chegou a ser aplicada, mas acabou gerando abusos de direito e liberdades individuais, bem como fomentou guerras entre Estados.

Assim, de um lado a própria experiência provou a inoperabilidade desse tipo de princípio de soberania; de outro, a consideração teórica demonstrou a impossibilidade deste conceito. Um poder estatal absoluto significa que não existem barreiras para o Estado, nem mesmo jurídicas, negando inclusive a existência do direito internacional público, o que se traduz numa verdadeira anarquia. É por essas razões que o princípio da soberania absoluta precisou ser revisto. O problema que emerge está nos limites tanto do conceito de soberania quanto na realidade que lhe corresponde, já que a soberania “é a nota essencial da natureza do Estado”, isto é, sem soberania não existe Estado independente⁸²¹. Nas constatações de José Soder:

Tudo isso levou a uma reconsideração das teorias extremas da soberania nacional dos séculos passados. Chegou-se, e chega-se hoje sempre mais, ao conceito de soberania moderada. Só esta está de acordo com a verdadeira natureza do poder estatal, sendo, ao mesmo tempo, uma exigência da função do Estado como membro da comunidade internacional. Com efeito, a moderna evolução do direito das gentes, a aproximação, sempre maior, entre os Estados, indicam uma evolução necessária no sentido da formação de unidade e comunidade entre povos e Estados. O direito internacional moderno torna-se, sempre mais, o direito da comunidade de nações e povos. Mas tal comunidade com a necessária entrosagem mútua e cessão multilateral de interesses e reivindicação, não seria possível na base de uma soberania de feição absoluta⁸²².

Diante da necessidade de manutenção da soberania estatal, da impraticabilidade de uma soberania absoluta e do reconhecimento do indivíduo como sujeito de direitos humanos, foram surgindo teorias na tentativa de desenvolver um conceito plausível de soberania capaz de resolver as tensões naturais existentes nas relações entre os Estados com seus cidadãos e na arena internacional.

O ponto de partida não poderia ser outro senão o direito internacional, face a necessidade de uma ordem internacional mínima. Emerge, então, o conceito de soberania

⁸²¹ SODER, José. *Op. cit.*, p. 167.

⁸²² *Idem, ibidem*, p. 167.

estatal limitado pelo direito das gentes, até porque “o próprio bem comum dos povos, do qual constitui parte integrante o bem particular dos Estados, está a postular tal delimitação da soberania”⁸²³.

Tal restrição, no entanto, não constitui diminuição ou degradação alguma. Uma eventual amputação da soberania levaria à sujeição parcial de um Estado a outro Estado, a uma vontade estatal heterônoma, porém, na realidade não é isso o que acontece, ao contrário:

Quando, dentro do direito das gentes, a soberania de um Estado é delimitada e diminuída, opera-se, unicamente, uma subordinação à comunidade dos Estados, ao direito internacional público. Mas, já que o Estado que vê sua soberania diminuída é, igualmente, participante da comunidade dos Estados, já que as normas do direito das gentes são criadas também por ele e reconhecidas de antemão, não se opera, na realidade, sujeição simplesmente heterônoma. Por isso, a diminuição e delimitação da soberania, que o moderno convívio dos povos está a postular, não passa de retificação de um conceito que o passado havia exagerado unilateralmente. Além disso, não constitui atentado à dignidade do Estado ou afronta à sua independência. Expressa, meramente, a moderna realidade da vida internacional, traduzindo um anseio da própria natureza do ser humano que postula a sociedade estatal para o agrupamento nacional-político, e exige a comunidade internacional para o bem-estar de todos⁸²⁴.

O direito internacional público moderno vem acatando esse conceito de soberania limitada, embora nem todos os estudiosos do assunto concordem ou se dêem conta dessa nova interpretação do que se convencionou chamar de soberania. A demonstração dessa *praxis* atual pode ser extraída dos “esforços comuns para criar organizações internacionais gerais ou particulares que comportam, necessariamente, uma limitação daquela soberania que foi apregoada nos decênios passados”⁸²⁵.

A conclusão a que se chega a partir dessas prolações é a de que a noção teórica e a prática de uma soberania extrema é obsoleta, não condizendo mais com a realidade nacional e internacional contemporânea. O direito internacional está posto acima do Estado singular, porém, “não em detrimento da soberania, e sim em proveito do bem comum universal e do próprio bem particular dos Estados”. Destarte:

O direito das gentes, com suas normas e exigências tanto para os Estados como para a vida dos indivíduos, nunca pode ser considerado agressivo à soberania estatal. Agressão, neste sentido, só poderia provir de outro Estado enquanto Estado particular, nunca, porém, de normas justas e equitativas da coletividade internacional. Por conseguinte, os princípios que postulam a defesa eficiente dos direitos humanos, mesmo que imponham, para a eficácia da sua realização,

⁸²³ SODER, José. *Op. cit.*, p. 167.

⁸²⁴ *Idem, ibidem*, p. 167-8.

⁸²⁵ *Ibid*, p. 168-9.

restrições às liberdades individuais dos Estados, não oferecem contradição à nota de soberania inerente a toda sociedade estatal⁸²⁶.

Este pensamento é partilhado por Antônio Augusto Cançado Trindade, ao professar que:

[...] o desenvolvimento histórico da proteção internacional dos direitos humanos gradualmente superou barreiras do passado: compreendeu-se, pouco a pouco, que a proteção dos direitos básicos da pessoa humana não se esgota, como não poderia esgotar-se, na atuação do Estado, na pretensa e indemonstrável competência nacional exclusiva⁸²⁷.

Corroborando com tais idéias, André de Carvalho Ramos ressalta que:

[...] a proteção dos direitos humanos integra o contemporâneo direito internacional. Assim, com as sucessivas convenções e declarações internacionais de proteção aos direitos humanos, a positivação e a universalização destes direitos são reconhecidas simultaneamente para toda a humanidade. Consolidou-se, no direito internacional contemporâneo, um catálogo de direitos fundamentais da pessoa humana, e também foram estabelecidos mecanismos de supervisão e controle do respeito, pelo Estado, desses mesmos direitos protegidos. Portanto, não é mais cabível, hoje, que um Estado alegue, na defesa de suas condutas violatórias de direitos humanos, que a proteção de direitos humanos faz parte de seu domínio reservado, e que eventual averiguação internacional (mesmo que mínima) da situação interna de direitos humanos ofenderia sua soberania. Com efeito, a crescente aceitação de obrigações internacionais no campo dos direitos humanos consagrou a impossibilidade de se alegar competência nacional exclusiva em tais matérias⁸²⁸.

Destarte, ainda que se queira recorrer aos padrões clássicos de soberania, é necessário destacar que a própria atuação do Estado quando adere ao direito internacional traduz-se na manifestação da sua atividade soberana. Desta feita, a elaboração - e a adesão - de tratados internacionais não pode ser vista como “amesquinamento da soberania, mas sim a sua plena manifestação, pois a celebração de um tratado é justamente um dos mais importantes exercícios de soberania por parte do Estado”⁸²⁹. Disso infere-se que a eventual alegação de competência exclusiva dos Estados ou mesmo de violação da sagrada soberania estatal no domínio da proteção dos direitos humanos encontra-se definitivamente ultrapassada.

Fernando de Magalhães Furlan afirma que a noção de soberania é adstrita à idéia de insubmissão, independência e poder supremo juridicamente organizado, porém, “impende atentar para as novas realidades que lhe impõem uma série de matizes”, isto é, “falar em

⁸²⁶ SODER, José. *Op. cit.*, p. 169.

⁸²⁷ Antônio Augusto Cançado Trindade *apud* RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Prefácio de Fávio Konder Comparato. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 78.

⁸²⁸ RAMOS, André de Carvalho. *Op. cit.*, p. 77-8.

⁸²⁹ *Idem, ibidem*, p. 78-9.

soberania, nos dias que correm, como um poder irrestrito, muito embora seus limites jurídicos, parece mais um saudosismo do que uma avaliação lúcida dos vínculos que a circunscrevem”. Prossegue em sua linha de raciocínio afirmando que:

A interdependência que se estabelece contemporaneamente entre os Estados aponta para uma relação crescente entre as idéias de soberania e de cooperação jurídica, econômica e social, o que afeta drasticamente a pretensão à soberania. Por mais que se argumente no sentido de que esta colaboração só é possível em razão da própria soberania, a qual permitiria a um Estado vincular-se a outros em questões que lhe interessem ou para fazer frente a situações paradigmáticas, o que se observa na prática é a revisão radical dos postulados centrais do conceito. O poder da soberania [...] encontra fronteira não só nos direitos da pessoa humana como também nos direitos dos grupos e associações, tanto no domínio interno como na esfera internacional. Portanto, no plano internacional, limita a soberania o princípio da coexistência pacífica dos poderes soberanos⁸³⁰.

Destarte, os Estados integram uma ordem continental superior, onde o poder de autodeterminação de cada Estado é limitado pelos imperativos da preservação e da sobrevivência das demais soberanias, notadamente pela consolidação desta ordem contemporânea que se traduz no direito internacional. Assim, “a soberania estatal tradicional é substituída por outra espécie de soberania que se constitui em atributo inalienável de todos os povos e que inaugura seu direito imprescritível à autodeterminação”⁸³¹.

O conceito de soberania permanece como tema polêmico e cada vez mais posto em questão em razão das condições políticas ocidentais atuais. No plano das relações internacionais prevaleceu uma concepção de soberania absoluta durante certo tempo. Porém, “hoje são os atributos da soberania que importam, vez que é o exercício democrático do poder popular que detém caráter soberano”:

Se de um lado o conceito tradicional e hermético de soberania já não mais prevalece, até mesmo porque desatende aos reclamos da sociedade contemporânea, é certo que ela ainda é proclamada, inclusive nas Constituições, por resguardar o direito de cada povo de decidir a sua forma política de ser e de fazer-se construir em sua história de maneira a não se subordinar aos comandos de potências estrangeiras⁸³².

A partir do momento em que a soberania passa a pertencer ao substrato social e não ao Estado, toma forma a idéia de que o conceito de soberania até então existente já não satisfaz. Precisa, portanto, ser repensado tal conceito para ocupar seu devido lugar, ou seja, centrado na participação política livre e permanente do povo. Somente assim a soberania

⁸³⁰ FURLAN, Fernando de Magalhães. *Op. cit.*, p. 73.

⁸³¹ *Idem, ibidem*, p. 76.

⁸³² *Ibid*, p. 77-8.

poderá “servir ao resguardo da identidade de cada grupo cultural sem perda da dimensão universal da convivência política”. Tudo isso porque a soberania já não pode persistir como conceito que se oponha ou impeça as modificações que a nova ordem internacional, as novas formas de solidariedade entre os indivíduos nos diversos Estados e a experiência de universalização e mundialização dos direitos humanos propõem⁸³³.

Eelco Nicolas van Kleffens vai mais além, afirmando que:

[...] o Estado soberano, como entidade onipotente e completamente autodeterminada, não existe nem nunca existiu. Acha-se rodeado por uma pluralidade de forças que ora se apresentam sob a forma da coexistência com outros Estados, ora na de mil outros fatores da mais variada natureza que se opõem a essa onipotência e a essa completa autodeterminação. O que fica é um certo número de entidades, habitualmente chamadas Estados soberanos, que podem proceder como entenderem, desde que não haja qualquer espécie de forças (e a lei por eles aceita é uma delas) que o impeçam. Tem de admitir-se a existência de um corpo de leis que limitem a soberania e a regulem no seu exercício, pois a soberania não é somente um conceito de fato mas também um conceito jurídico, relacionado com direitos e deveres e, portanto, tem de haver normas de direito que a governem. Seguimos aqui os adeptos da Escola do direito natural. O adjetivo soberano, no sentido de onipotente e autodeterminativo, pode explicar-se como uma ilusão histórica, resultante, já de uma reação contra o domínio de papas e imperadores, já proveniente do orgulho e da ambição dos reis e das repúblicas, já dum raciocínio jurídico e filosófico defeituoso, já de meios de comunicação lentos, difíceis e raros, mas nunca teve um fundamento sólido, nem poderia tê-lo⁸³⁴.

Dito de outro modo, “o Estado soberano perfeito, no sentido de livre, sem nada que o limite além do seu próprio arbítrio, não existe já”, pois que “os Estados estão sempre sujeitos, hoje, ao direito internacional, cujas normas limitam a sua liberdade de ação de vários modos⁸³⁵. Enfim:

A noção de soberania não é de modo algum um fantasma que se possa esconjurar com facilidade. É um espírito que está bem vivo e bem acordado. Alguns poderão lamentar a sua existência, mas, se não reconhecerem este facto, terão abandonado o firme terreno das realidades. Nem mesmo no caso de um dia vir a existir um só Estado que abarque todo o mundo, será possível desfazermos da noção de soberania e mandá-la para o museu das antiguidades históricas. Esse Estado mundial seria então o Estado soberano por excelência⁸³⁶.

Para Evandro Herrera Bertone Gussi, “do que se lê sobre o assunto, percebe-se que o conceito de soberania - mesmo aquele cunhado pelos modernos - está em perfeita

⁸³³ FURLAN, Fernando de Magalhães. *Op. cit.*, p. 79.

⁸³⁴ KLEFFENS, Eelco Nicolas van. *Op. cit.*, p. 103-4.

⁸³⁵ *Idem, ibidem*, p. 142.

⁸³⁶ *Ibid*, p. 156.

atualidade com a realidade contemporânea”⁸³⁷. Porém, “a soberania só pode ser a qualidade de uma ordem normativa na condição de autoridade que é a fonte de obrigações e direitos”⁸³⁸. De igual modo:

Embora o conceito de soberania tenha aflorado dando-lhe características de ilimitado, e a teoria da soberania do Estado tenha dado grande importância a esta característica, bem verdade é que hoje tal idéia vem sendo repensada, posto que a soberania é incompatível com a subordinação a uma vontade concreta, mas não com a sujeição a uma ordem jurídica⁸³⁹.

Desloca-se, portanto, a transformação radical no conceito de soberania para o momento em que a humanidade conheceu a declaração dos direitos humanos. A soberania só pode ser concebida enquanto sujeita a uma ordem jurídica. Modificando-se os primados dessa ordem jurídica, consequentemente o conceito de soberania também é alterado. Por isso:

No cenário internacional de proteção, os Estados perdem a discricionariedade de internamente, a seu alvedrio e a seu talante, fazer ou deixar de fazer o que bem lhes convier. Neste contexto é que devem os Estados-partes, num tratado internacional, cumprir todo o acordado, sem objetar disposições de seu direito interno como justificativa para o não-cumprimento do que foi pactuado. Há, pois, neste cenário de proteção dos direitos humanos, um enfraquecimento da noção da não-interferência internacional em assuntos internos [...] flexibilizando, senão abolindo, a própria noção de soberania absoluta⁸⁴⁰.

Não se pode falar em direitos humanos globais, internacionais e universais em uma soberania absoluta, porque tal concepção obstaria a “projeção desses direitos na agenda internacional”⁸⁴¹. Um conceito mais condizente com a realidade contemporânea é aquele que abarca a cooperação internacional dos Estados em benefício de finalidades comuns. Assim:

Um novo conceito de soberania, afastada sua noção tradicional, aponta para a existência de um Estado não isolado, mas incluso numa comunidade e num sistema internacional como um todo. A participação dos Estados na comunidade internacional, seguindo-se esta nova trilha, em matéria de proteção internacional dos direitos humanos, esta sim, seria sobretudo um ato de soberania por excelência⁸⁴².

⁸³⁷ GUSSI, Evandro Herrera Bertone. **Soberania e supranacionalidade**. p. 107-134. In: CASELLA, Paulo Borba; LIQUIDATO, Vera Lúcia Viegas. *Direito da integração*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006. p. 132.

⁸³⁸ Kelsen, Hans. 2000. *Op. cit.*, p. 365.

⁸³⁹ NUNES JUNIOR, Venilto Paulo. **O conceito de soberania no século XXI**. p. 144-166. In: *Revista de Direito*, nº 42. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar., 2003. p. 151.

⁸⁴⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. 2005. *Op. cit.*, p. 331-2.

⁸⁴¹ *Idem, ibidem*, p. 333.

⁸⁴² *Ibid*, p. 334.

Esse pensamento foi desenvolvido também por Boutros Boutros-Ghali, quando exercia a função de Secretário Geral da Organização das Nações Unidas (1992 a 1996), na defesa da prevalência do direito internacional dos direitos humanos:

[...] ainda que o respeito pela soberania e integridade do Estado seja uma questão central, é inegável que a antiga doutrina da soberania exclusiva e absoluta não mais se aplica e que esta soberania jamais foi absoluta, como era então concebida teoricamente. Uma das maiores exigências intelectuais de nosso tempo é a de repensar a questão da soberania [...]. Enfatizar os direitos dos indivíduos e os direitos dos povos é uma dimensão da soberania universal, que reside em toda a humanidade e que permite aos povos um envolvimento legítimo em questões que afetam o mundo como um todo. É um movimento que, cada vez mais, encontra expressão na gradual expansão do direito internacional⁸⁴³.

Cristiane Derani e José Augusto Fontoura Costa são enfáticos ao afirmarem que os direitos humanos “são um surto inalienável exigido pela justiça. Somente com essa segurança é que se pode manter o conceito soberania, realizando-se a justiciabilidade”⁸⁴⁴. Portanto, longe de incompatíveis, os princípios da soberania e da dignidade humana são inexoravelmente indissociáveis:

São indissociáveis as realidades da democracia e de direitos humanos. Inafastável a imperatividade de regras jurídicas sobre direitos humanos. Exigem-nas o sofrimento, a consciência de necessidade de defesa dos direitos humanos. Realizá-los nos dias atuais é passo definitivo de progresso. Essa consciência leva à verificação de que os direitos humanos têm que ser resguardados por regras jurídicas inderrogáveis, eficazes *erga omnes*, ou seja, regras jurídicas pertencentes ao domínio do *jus cogens*, e com o conceito de “ordem pública” a se inserir no direito das gentes (grifo dos autores)⁸⁴⁵.

Portanto, a soberania, em seu conceito contemporâneo, é limitada pelo direito, sendo que na esfera internacional, tal direito é o direito internacional, e no que interessa para este estudo, o direito internacional dos direitos humanos. Desta feita, “quando um Estado ratifica um tratado de proteção dos direitos humanos, não diminui ele sua soberania [...] mas, ao contrário, pratica um verdadeiro ato soberano, e o faz de acordo com sua Constituição”⁸⁴⁶.

A conclusão que se chega é a de que:

[...] não há conceito mais alheio ao da proteção internacional dos direitos humanos que o conceito tradicional de soberania. São irreconciliáveis os conceitos de soberania absoluta e direitos humanos, o que implica necessariamente na abdicação ou afastamento daquela noção em *prol* da proteção

⁸⁴³ Boutros Boutros-Ghali *apud* MAZZUOLI, Valério de Oliveira. 2005. *Op. cit.*, p. 334.

⁸⁴⁴ DERANI, Cristiane; COSTA, José Augusto Fontoura. **Globalização e soberania**. Curitiba: Juruá, 2004. p. 77.

⁸⁴⁵ DERANI, Cristiane; COSTA, José Augusto Fontoura. *Op. cit.*, p. 77.

⁸⁴⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. 2005. *Op. cit.*, p. 335.

dos seres humanos protegidos, a menos que se remodele o conceito para passar a dizer respeito à cooperação internacional dos Estados em *prol* de finalidades comuns⁸⁴⁷.

No entanto, aqui não se está a falar numa diminuição da importância da soberania, mas sim do redimensionamento dos seus contornos a partir dos direitos humanos. Também não se está a defender a prevalência dos direitos humanos à soberania como quer Telma Berardo (“não resta dúvidas de que, seja na ordem interna, seja na ordem internacional, a proteção dos direitos humanos deve prevalecer”), mas de uma coexistência harmoniosa entre dois princípios equivalentes: a soberania dos Estados e a proteção dos direitos humanos, pois que todo este sistema se encontra baseado nas normas e princípios que regem o Estado Democrático de Direito.

Assim, se o fim maior do direito hoje é a dignidade humana, garantida por meio da proteção dos direitos humanos, e se a soberania decorre do próprio direito, não há como subsistir o argumento de que o exercício da soberania inviabilizaria a proteção dos indivíduos. Pensar de modo diverso seria o mesmo que negar o próprio Estado Democrático de Direito e retornar a um Estado absoluto, transferindo todos os poderes não à ordem jurídica emanada do povo, mas ao soberano, negando todas as conquistas que foram sendo alcançadas e positivadas ao longo dos últimos séculos.

Nesse sentido são as declarações de José Augusto Lindgren Alves: “nas violações de normas de direitos humanos, o que se fere é a soberania popular, garantida em praticamente todas as constituições contemporâneas, excluindo-se assim o benefício da solidariedade nacional com a transgressão”⁸⁴⁸. Em essência:

A distinção entre ordem interna e ordem internacional, bem como o próprio conceito de soberania, não podem mais ser um escudo utilizado pelos Estados como meio de se esquivarem de suas obrigações em face dos cidadãos de seu e dos outros Estados. O constitucionalismo moderno e o desenvolvimento da normatividade dos princípios não permite mais que o Estado ignore suas obrigações para com seus cidadãos, bem como para com os demais Estados. Esse é um dos maiores legados que os direitos humanos nos deram ao longo de seu desenvolvimento⁸⁴⁹.

Assim, o conceito de soberania precisa ser adequado ao reclame da ordem jurídica para que seu exercício concretize a proteção dos direitos humanos. Neste sentido, o

⁸⁴⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. 2005. *Op. cit.*, p. 336.

⁸⁴⁸ José Augusto Lindgren Alves *apud* BERARDO, Telma. **Soberania**: um novo conceito? In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, nº 40, ano 10, p. 21-45. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set., 2002. p. 43.

⁸⁴⁹ BERARDO, Telma. 2002. *Op. cit.*, p. 43.

intérprete não pode perder de vista que os direitos humanos individuais ou coletivos figuram como uma “dimensão da soberania universal, que reside em toda a humanidade e que permite aos povos um envolvimento legítimo em questões que afetam o mundo como um todo”⁸⁵⁰.

2.3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO CARACTERÍSTICA INERENTE AO CONCEITO DE SOBERANIA

A questão envolvendo o conceito de soberania não é nova, como também não possui caráter inovador a afirmação de que “o controle internacional sobre a ação dos Estados é uma garantia para o ser humano contra a violação de seus direitos fundamentais”, ainda mais na atualidade, face ao surgimento de aparelhos estatais de vasto poder repressivo⁸⁵¹. Em uma síntese sobre os objetos deste estudo, percebe-se que:

a) o direito internacional dos direitos humanos possui princípios próprios, autonomia e especificidade, sendo considerado pela ciência jurídica como novo ramo do direito internacional público.

Os efeitos decorrentes da formulação do direito internacional dos direitos humanos são vários, destacando-se: sua hierarquia em pé de igualdade com o direito constitucional; a característica da dilatação expansiva de suas normas no sentido *lato sensu*, isto é, incluindo-se regras e princípios, em razão da abertura sistemático-tipológica de seus enunciados; e o efeito de romper com a distinção rígida existente entre direito público e direito privado, libertando-se, destarte, dos paradigmas clássicos até então existentes.

O direito internacional dos direitos humanos apresenta peculiar diferenciação em relação aos demais ramos do direito internacional público: enquanto as relações submetidas às regras demais ramos são marcadas pela reciprocidade e equilíbrio entre os Estados, as relações reguladas pelo direito internacional dos direitos humanos têm por objetivo estipular os direitos fundamentais do ser humano e garantir o seu exercício, geralmente tendo o Estado como obrigado e o indivíduo como sujeito de direitos. Dito de

⁸⁵⁰ BERARDO, Telma. 2002. *Op. cit.*, p. 44.

⁸⁵¹ WEIS, Carlos. *Op. cit.*, p. 30.

outro modo, o seu objeto é a proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos e não das relações entre os Estados.

O direito internacional dos direitos humanos, ao ser dotado de princípios próprios, solidifica-se efetivamente como um ramo jurídico autônomo, provido de uma grande variedade de instrumentos internacionais de salvaguarda, e que impõem responsabilidades e obrigações para os Estados no que diz respeito aos indivíduos sujeitos à sua jurisdição. Diante disso, sua observação e obediência extrapolam os limites dos interesses estritamente domésticos dos Estados, para figurar também como matéria de interesse do direito internacional, por isso objeto de sua regulamentação. Daí decorre sua internacionalização como direito internacional dos direitos humanos.

b) o conceito de soberania vem sendo renovado, tanto na parte teórica quanto em sua efetivação, tendo seus limites delineados pelo direito internacional dos direitos humanos. Sendo o direito influenciado pela realidade, e ante as mutações vivenciadas em decorrência da globalização, os conceitos tradicionalistas já não satisfazem as necessidades hodiernas, situação que vem instigando a doutrina na busca da elaboração de um novo conceito de soberania adaptado às emergentes necessidades humanas. Isso decorre do fato de que os conceitos são construídos a partir da situação da vida, com o compromisso de refletir a realidade da forma mais próxima possível.

A partir da investigação sobre as estruturas da organização política contemporânea, tendo em vista a reformulação das funções do Estado no decorrer do processo histórico, notadamente no âmbito do direito internacional, conclui-se que o Estado, concebido como uma organização flexível, possui o escopo de assegurar a permanente supremacia da vontade popular, buscando, para tanto, preservar a igualdade de possibilidades com liberdade, na expressão concreta de uma ordem social justa.

Na atual acepção, o Estado figura como um agrupamento humano em território definido, política e juridicamente organizado que, em geral, guarda a idéia de “nação”. Daí a construção do conceito sintético de nação política e juridicamente organizada para definir conclusivamente o termo “Estado”.

Enquanto agrupamento humano, o Estado se relaciona com outros grupos, assume compromissos perante a comunidade internacional e deve vislumbrar mecanismos de proteção dos direitos fundamentais à sobrevivência da espécie humana, coibindo a guerra,

estimulando a paz e honrando com os compromissos assumidos perante os demais Estados e organizações internacionais, sujeitando-se às penalidades cabíveis em caso de descumprimento. De outro lado, defende seu direito à soberania, devendo ser respeitado em sua plena autonomia de deliberação, afastando-se ainda qualquer moléstia de caráter intervencionista. Para tanto, o Estado elabora leis. Neste contexto, o direito interno é aquele que tem vigência em determinado Estado e o direito internacional rege relações distintas, quer as que se estabelecem entre os indivíduos de nacionalidades diferentes, quer as concluídas entre os particulares com Estados estrangeiros, ou dos Estados entre si.

Constata-se, portanto, que a soberania é definida como característica inerente do Estado. Não existe Estado sem soberania ou com esta pela metade. No entanto, o direito à soberania vem sofrendo transformações.

Um Estado, para se inter-relacionar com outros Estados, precisa se abrir de alguma forma, e esse processo de abertura põe em xeque o conceito tradicional de soberania absoluta dos Estados. No mesmo passo que o conceito de Estado vem sendo reformulado, também a soberania classicamente concebida não atende mais às necessidades emergentes das situações de vida atuais.

É preciso adaptar o princípio da soberania a um conceito mais dinâmico e flexível, mas de forma articulada, para que seja capaz de produzir efeitos sociais, econômicos e jurídicos de maior intensidade nos indivíduos, proporcionando-lhes maiores possibilidades. Faz-se necessário uma soberania mais jurídica e menos política, pois que os povos encontram sua dignidade na lei, porque é desse modo que livram-se de se curvar perante tiranos. A soberania, portanto, é uma qualidade do poder estatal. Por sua vez, o poder estatal, um poder de natureza jurídica, submete-se ao direito, resultando necessariamente num poder limitado. Neste sentido é o pensamento de Nelson Luz:

Após a Revolução Francesa o Estado aparece como pessoa distinta da dos governantes, e, portanto sujeito à disciplina jurídica. Não seja esquecida, além disso, a idéia moderna de que o indivíduo [...] tem direitos anteriores e superiores ao Estado, e que por este devem ser respeitados, idéia consolidada pela Revolução Francesa, que admitia o Estado limitado pelos direitos fundamentais de igualdade e liberdade. O Estado não deve, assim, constituir um fim em si mesmo, mas um meio para o desenvolvimento da sociedade em seus vários aspectos⁸⁵².

⁸⁵² LUZ, Nelson. *Op. cit.*, p. 172.

Significa dizer que a soberania é limitada à conformidade com o ordenamento jurídico. Como decorrência, “só se pode falar em soberania do Estado, admitida a pirâmide de competências, sob o ponto de vista da competência do Estado em estabelecer um ordenamento jurídico dizendo respeito a uma coletividade hierarquicamente sujeita ao organismo total”⁸⁵³.

Enfatiza-se que a soberania absoluta do Estado e o direito internacional dos direitos humanos são termos antagônicos. Deve-se aceitar, necessariamente, uma revisão do conceito de soberania, não no sentido de uma diminuição ou de uma soberania pela metade, e sim de que a soberania é uma competência do Estado conferida pelo direito internacional. A soberania estatal não apenas sobrevive ao direito internacional como é reafirmada por ele. Apenas requer que o conceito não tenha a mesma configuração clássica aludida, e que o Estado exerça, na hierarquia normativa, tão somente as atribuições de sua competência direcionada para a mais lógica e justa consecução dos ideais humanos.

c) quanto ao termo “relativização”, deve-se fundamentar no postulado de Albert Einstein (1879-1955) de que “não existe sistema de referência absoluto”. Relativo é aquilo que não existe a não ser em relação à outra coisa. Relativização: consideração feita de maneira a opor-se às verdades absolutas. Como afirma Norberto Bobbio, “o fundamento absoluto não é apenas uma ilusão, em alguns casos, é também um pretexto para defender posições conservadoras”⁸⁵⁴.

Ressalte-se que a expressão “relativização da soberania” só é possível de ser utilizada no sentido de relação entre os princípios de soberania e da dignidade humana, mas nunca com o significado de diminuição da soberania frente ao direito internacional. A expressão mais condizente com o conceito de soberania contemporâneo é “limites”, no sentido de demarcar suas características, tarefa essa incumbida ao direito internacional.

d) por fim, sobre a dignidade da pessoa humana, verifica-se a tendência contemporânea dos ordenamentos jurídicos em reconhecer o indivíduo como o centro e o fim do direito, fomentada pela traumática barbárie nazi-fascista dos anos trinta e quarenta do século passado, sofrimento que fez aflorar a consciência e a conseqüente exigência de novas regras para tutelar a vida e sua dignidade para todos os seres humanos.

⁸⁵³ LUZ, Nelson. *Op. cit.*, p. 174.

⁸⁵⁴ BOBBIO, Norberto. 2004. *Op. cit.*, p. 42.

Desde então a dignidade humana é reconhecida como valor supremo e intangível:

[...] dotado de uma natureza sagrada e de direitos inalienáveis, afirma-se como valor irrenunciável e cimento de todo o modelo constitucional, servindo de fundamento do próprio sistema jurídico: o ser humano e a sua dignidade são a razão de ser da sociedade, do Estado e do direito⁸⁵⁵.

Neste diapasão, toda interpretação dos direitos humanos tem que partir do princípio de que a pessoa humana é o valor primeiro e máximo que o direito deve proteger, tanto no âmbito normativo interno quanto na esfera externa.

A dignidade da pessoa humana, em suma, serve como uma espécie de fonte jurídico-positiva para os direitos humanos, dando-lhe conotação de sistema coerente e unitário. Enquanto valor axiológico, o princípio da dignidade da pessoa humana funciona como uma verdadeira e indiscutível norma geral para todos os direitos. Destarte, o intérprete precisa levar em consideração que o direito positivado não pode negar vigência ao princípio da dignidade humana e sua natureza supra-estatal, tanto nas relações internas quanto internacionais. Neste contexto, destaca Pietro de Jesús Lora Alarcón:

Resta dizer que a tentativa de iluminar o espaço que permite observar as dificuldades de implementação dos direitos humanos permite uma análise de fatores que podem ser considerados condicionantes de viabilidade para a sua efetividade. A tarefa para o jurista consiste em identificar, nos planos nacional e internacional, situações, cenários, conjunturas, panoramas econômicos, propostas culturais, situações dramáticas. Em alguns casos, identificam-se indivíduos que tentam o acesso a direitos humanos diante de estruturas de poder desgastadas, que desconhecem os primados mínimos da dignidade humana; em outros, motivações culturais permitem enxergar dificuldades para efetivar direitos humanos até certo ponto enraizados na civilização jurídica européia, de forma diversa pode ocorrer em outras latitudes, o que nos conduz ao já relatado problema da universalização dos direitos humanos. A universalidade reafirma a peculiaridade da prevalência dos direitos humanos, devido a que, sem dúvida, os alvos dos sistemas de proteção são os homens e mulheres sem distinção de nacionalidades, motivando uma superação do esquema tradicional de cobertura diplomática estatal para a consolidação de interesses particulares dos Estados que representam, o que se reverte em últimas, na modificação da noção totalizadora de soberania dos Estados⁸⁵⁶.

Verifica-se, portanto, uma inter-relação coexistente e harmoniosa entre o direito internacional dos direitos humanos e o conceito de soberania, tendo como valor supremo a nortear o intérprete a dignidade da pessoa humana.

Com isso, infere-se que a situação dos direitos humanos como tema global não

⁸⁵⁵ OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Lisboa: Almedina, 2003. p. 254.

⁸⁵⁶ ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **A efetividade dos direitos humanos**: o desafio contemporâneo. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC*, nº 4, p. 309-322, jul./dez. 2004a. p. 318.

ameaça, em absoluto, as relações entre Estados soberanos. Ao revés, fortalece tal sistema, na medida em que oferece aos Estados maior legitimidade, por meio do “respeito a tais direitos, monitorados pelos órgãos competentes da comunidade internacional”, desde que, naturalmente, “os Estados não decidam exumar de seu vetusto ataúde o conceito absolutista de soberania”⁸⁵⁷. José Augusto Lindgren Alves ensina:

O controle internacional dos direitos humanos - que ainda não constitui a garantia, nos termos descritos por Norberto Bobbio e idealizados por Emanuel Kant - faz parte do novo sistema. É visto, sem dúvida, com desconfianças pelos teóricos do realismo conservador, pois acreditam que ele tende - e repito, apenas tende - a substituir a pretensa estabilidade de uma sociedade internacional por uma sociedade mundial de homens e mulheres. Não é, porém, apenas na área dos direitos humanos que tal tendência se materializa, mas sim, principalmente, no fenômeno generalizado da globalização, propiciado pela técnica e pela economia da modernidade⁸⁵⁸.

De acordo com Mariangela Ariosi:

[...] ainda que existam alguns teóricos adeptos da teoria da soberania ilimitada do Estado, não se pode falar que realmente exista uma grande contradição teórica acerca do tema. Existe, sim, um consenso dominante de que os Estados, apesar de contracenarem com atores secundários, como as organizações internacionais, e com os coadjuvantes, como as empresas transacionais, ainda são os protagonistas das relações internacionais. Mas, malgrado serem os Estados soberanos, estes devem observar a ordem internacional que é, em última instância, o resultado da vontade coletiva de toda a sociedade internacional. O direito internacional se coloca, portanto, acima dos ordenamentos externos estatais sem que, contudo, fira a soberania nacional dos Estados⁸⁵⁹.

O poder soberano, na forma como realizado no dias de hoje, é constituído pela vontade do povo. Pertinentes, neste sentido, as palavras de Cesare Beccaria:

As leis foram as condições que agruparam os seres humanos, no início independentes e isolados, à superfície da terra. Fatigados de só viver em meio a temores e de encontrar inimigos em toda parte, cansados de uma liberdade cuja incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para usufruir o restante com mais segurança. A soma dessas partes de liberdade, assim sacrificadas ao bem geral, constitui a soberania na nação; e aquele que foi encarregado pelas leis como depositário dessas liberdades e dos trabalhos da administração foi proclamado o soberano do povo. [...]. Todo exercício do poder que deste fundamento se afastar constitui abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; constitui usurpação e jamais poder legítimo⁸⁶⁰.

Assim sendo, apesar de o Estado deter o poder soberano e estabelecer uma relação de hierarquia e subordinação, o exercício de tal poder só é possível em decorrência da anuência do povo. Significa dizer que o Estado, no exercício de seu poder soberano, age no

⁸⁵⁷ ALVES, José Augusto Lindgren. 2003. *Op. cit.*, p. 145-6.

⁸⁵⁸ *Idem, ibidem*, p. 145.

⁸⁵⁹ Mariangela Ariosi *apud* MAZZUOLI, Valério de Oliveira. 2001b. *Op. cit.*, p. 228.

⁸⁶⁰ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2001. p. 19.

sentido de promover a ordem e a paz, contudo, seus atos estarão inexoravelmente limitados pelos direitos reconhecidos e protegidos pelo próprio corpo estatal. Dito de outro modo, o Estado detém o poder soberano conferido pelos seus cidadãos e que não só deve respeitar como assegurar e concretizar os direitos inerentes à própria existência do indivíduo, que se traduz na professada dignidade humana.

Não se pode negar que os direitos humanos globalizados e sem fronteiras, em um paralelo com a globalização econômica, operam diversos efeitos, inclusive na concepção tradicional de soberania do Estado. Para Flávia Piovesan, só é possível conceber direitos humanos globais “mediante a relativização e flexibilização da soberania do Estado, em prol da universalização dos direitos humanos”⁸⁶¹. Porém, nas palavras de Antonio Remiro Brotóns, *debemos, pues, acercarnos con cautela al relativismo que predicán ciertos Estados [...] en tanto puede ser la coartada para la violación de derechos fundamentales de individuos bajo su jurisdicción*⁸⁶².

Por essas razões, é essencial o redimensionamento do conceito de soberania a partir do direito internacional dos direitos humanos, de modo a estabelecer os limites da atuação do Estado, que não perde sua soberania quando não protege os direitos humanos dos indivíduos sob sua jurisdição, na verdade, deixa de exercê-la.

Nas explicações de Celso Lafer:

As normas jurídicas que, no plano internacional e no interno, consagram os direitos humanos [...], são constitutivas do reconhecimento de valores e de sua hierarquia e preferibilidade na organização da vida coletiva. Os valores, reconhecidos desta maneira, como todos os valores, referem-se, mas não se reduzem, aos fatos sociais. Requerem, por isso mesmo, por não serem abstrações, um suporte na realidade. O apoio na realidade é o que dá aos valores a sua dimensão operacional, apontando para a sua realizabilidade na história. Os valores, no entanto, além do suporte na realidade, têm um significado que lhes dá uma *vis directiva*. Por isso, a outra dimensão do valor é a sua inexauribilidade. Os direitos humanos são, neste sentido, realizáveis, mas inexauríveis e, neste processo de sua afirmação no plano interno e internacional que estou descrevendo, pode-se dizer [...] que direitos humanos, democracia e paz são três momentos interligados de uma mesma *vis directiva*. Sem direitos humanos reconhecidos e tutelados não existe democracia. Sem democracia não existem as condições apropriadas para a solução pacífica dos conflitos, pois as práticas democráticas de lidar com conflitos instigam a um internacionalismo de vocação pacífica, em função de sua homologia com a diplomacia concebida como um processo contínuo de diálogo e de negociação⁸⁶³.

⁸⁶¹ PIOVESAN, Flávia. 1999a. *Op. cit.*, p. 240.

⁸⁶² BROTONS, Antonio Remiro. *Op. cit.*, p. 1183 (grifo do autor).

⁸⁶³ LAFER, Celso. 1994. *Op. cit.*, p. 75 (grifos do autor).

Não se pode perder de vista que a lógica dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos finca suas raízes no reconhecimento universal da dignidade humana, de onde brota um novo conceito de soberania, “que doravante não mais se percebe a si mesma no conforto indiscutido da *summa potestas*, mas que passa a envolver o cumprimento de um conjunto de obrigações objetivamente impostas pela comunidade internacional no seu todo”. Este novo conceito de soberania estatal traduz-se juridicamente na superação de uma construção puramente contratualista de proteção da dignidade humana. Nas palavras de José Manuel Pureza:

[...] a regulação internacional dos direitos humanos é um dos domínios - porventura a par da regulação mundial do ambiente - em que emerge com maior pujança: um novo tipo de tratados internacionais: os tratados multilaterais normativos, que não se analisam num agregado sinalagmático de direitos e obrigações recíprocos entre os Estados membros, mas antes no estabelecimento de uma disciplina normativa comum, a que preside o primado do interesse do conjunto dos Estados (e, por isso, nos tratados universais, tendencialmente a comunidade internacional no seu conjunto). A reciprocidade cede, portanto, o lugar às noções de garantia coletiva e de ordem pública⁸⁶⁴.

Ainda conforme José Manuel Pureza, “esta característica atravessa os instrumentos convencionais de proteção da dignidade humana, não se cingindo, portanto, às convenções de proteção dos direitos humanos em sentido estrito”⁸⁶⁵. Assim, no domínio do direito internacional dos direitos humanos operou-se uma ruptura com base interestatal, que se materializa no compromisso dos Estados de respeitar e assegurar o respeito aos direitos humanos, atribuindo deste modo a todas as partes legitimidade para acionar a proteção do “interesse público” plasmado no direito internacional dos direitos humanos. Prossegue o citado autor explicando que:

Esta personificação da idéia de comunidade internacional no domínio dos direitos humanos exprime a emergência de um novo princípio constitucional do direito internacional, o princípio da proteção internacional da dignidade humana, eventualmente contraposto ao princípio constitucional da soberania, e do qual derivam obrigações jurídicas, quer negativas quer positivas, dos Estados para com a comunidade internacional no seu conjunto⁸⁶⁶.

Neste particular, “a noção de comunidade internacional identifica-se com a de humanidade”, isto é, “mais do que uma agregação de formações políticas, o referente destas obrigações universais é a condição humana, a pessoa e os povos, para lá das respectivas identidades nacionais e do respectivo tempo histórico”. O direito internacional dos direitos humanos, na acepção contemporânea, veicula um “*standard* único igualitário

⁸⁶⁴ PUREZA, José Manuel. *Op. cit.*, p. 79 (grifos do autor).

⁸⁶⁵ *Idem, ibidem*, p. 80.

⁸⁶⁶ *Ibid*, p. 80.

de proteção do indivíduo”, materializado na absolutização de um núcleo duro de direitos, inderrogáveis em quaisquer circunstâncias, sejam de paz, de guerra ou de distúrbios e tensões internas. É para tal *standard* único que remete a sobreposição de algumas disposições estruturantes do direito internacional dos direitos humanos⁸⁶⁷. José Manuel Pureza então, conclui que:

Estamos, pois, visivelmente diante de um núcleo mínimo irredutível de direitos, exigível *erga omnes*, que dá conta de um fundo comum universal consolidado, mas aberto, de projeção normativa da dignidade da pessoa humana. Este fundo expresso as mais das vezes de forma negativa [...] materializa-se assim num catálogo de bens jurídicos protegidos independentemente de quaisquer particularismos de nacionalidade ou de matriz cultural: vida, integridade física e moral pessoal, garantias judiciais básicas. Por força do assinalável consenso que a prática internacional foi registrando em torno do conteúdo e do sentido daquelas disposições convencionais, os Estados encontram-se hoje submetidos a uma “vinculação reforçada”, pelas normas proibitivas de violações graves dos direitos humanos fundamentais: elas constituem normas imperativas de direito internacional geral (*jus cogens*) e dão origem a obrigações dos Estados para com a comunidade internacional no seu conjunto, independentemente da sua fonte convencional específica⁸⁶⁸.

Desse modo, resta consolidada a obrigação do Estado de, no exercício de sua soberania, respeitar os direitos humanos fundamentais como princípio constitucional do direito internacional contemporâneo. Conforme Carrillo Salcedo, “os direitos humanos demonstraram que as obrigações jurídicas dos Estados não derivam exclusivamente da sua vontade, manifestada em acordos ou convenções internacionais, mas também de princípios de direito internacional geral”⁸⁶⁹. Assim, “cada vez mais, o respeito aos direitos humanos tem se tornado um aspecto crucial de legitimidade governamental, tanto no âmbito doméstico, como internacional”⁸⁷⁰.

Hodiernamente, o respeito à dignidade humana é concebido como um verdadeiro princípio de *jus cogens*, e contribui, desta feita, com a interpenetração dos ordenamentos jurídicos nacional e internacional, fortalecendo a posição jurídica do indivíduo em relação ao Estado e, como consequência, estabelece limites à própria soberania estatal. Assim, “dissociando-se o Estado desses valores comuns, além de estar sujeito à responsabilização internacional, inclusive sofrendo medidas coercivas em situações extremas [...], também os seus dirigentes poderão ser penalmente responsabilizados”⁸⁷¹.

⁸⁶⁷ PUREZA, José Manuel. *Op. cit.*, p. 80.

⁸⁶⁸ *Idem, ibidem*, p. 82 (grifos do autor).

⁸⁶⁹ Carrillo Salcedo *apud* PUREZA, José Manuel. *Op. cit.*, p. 83-4.

⁸⁷⁰ PIOVESAN, Flávia. 2003a. *Op. cit.*, p. 94.

⁸⁷¹ GARCIA, Emerson. **Dignidade da pessoa humana**: referenciais metodológicos e regime jurídico. In: Revista Brasileira de Direito Constitucional, nº 04, jul./dez., 2004. p. 388-9.

Recorde-se que a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, criou o moderno conceito de cidadão e a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, ao declarar que todas as pessoas nascem livres e iguais, além de preservar o conceito de cidadão, amplia-o significativamente. Essa dilatação realiza-se através do reconhecimento da inerente dignidade do ser humano. Tal imanente respeito propicia ao ser humano o exercício dos direitos de liberdade, igualdade e fraternidade e acompanha-o, de modo inseparável e incondicional, durante toda a sua existência.

A novidade emanada da Declaração Universal de Direitos Humanos traduz-se justamente no reconhecimento, pela comunidade internacional, de que a dignidade e o “direito a ter direitos” são imanentes ao indivíduo, “não dependendo, em absoluto, de qualquer espécie de título, condição ou fator”⁸⁷².

Ao tratar do tema, Flávia Piovesan, com fundamento na doutrina de José Joaquim Gomes Canotilho, destaca que “cada vez mais, as regras e princípios internacionais vocacionados à proteção da dignidade humana convertem-se em parâmetros de validade às próprias legislações locais”, sendo que um dos principais emblemas contemporâneos, inclusive em face da justicialização do direito internacional dos direitos humanos, “refere-se à implementação das decisões internacionais no âmbito interno”⁸⁷³.

Tal desafio, contudo, será mais facilmente transpassado quando amadurecer a consciência de que a realização do direito internacional dos direitos humanos se dá por meio do exercício da soberania estatal.

A doutrina de Carlos Weis corrobora esse entendimento:

O texto legal internacional avança também para a superação da concepção dualista da relação entre o direito internacional e o direito interno, inovando ao prever a interação dos dois sistemas, tendo em vista assegurar a projeção mais eficaz do ser humano. Assim, no âmbito dos direitos humanos o critério interpretativo adotado é, portanto, aquele que entende como aplicável a norma que confere maior proteção ao ser humano, ampliando os direitos que protegem⁸⁷⁴ e promovem sua dignidade, seja a derivada das normas internas, seja a proveniente do direito internacional⁸⁷⁵.

Emerson Garcia concorda com desse pensamento, quando afirma que:

⁸⁷² ALMEIDA, Guilherme Assis de. 2007. *Op. cit.*, p. 4-5.

⁸⁷³ PIOVESAN, Flávia. 2003a. *Op. cit.*, p. 94-5.

⁸⁷⁴ WEIS, Carlos. *Op. cit.*, p. 31.

⁸⁷⁵ *Idem, ibidem*, p. 32.

A exemplo de um governo despótico ou antidemocrático, que jamais será rotulado como tal no respectivo texto constitucional, também nos Estados onde a inobservância dos direitos humanos é uma constante, a apologia de sua importância é contraditoriamente entusiástica. Diminutos são os Estados que não consagram o respeito aos direitos humanos como um valor fundamental, mas múltiplos são aqueles que não observam os mais mezinhos princípios relacionados à sua proteção. Além disso, ainda são marcantes determinadas diversidades culturais, permitindo que comportamentos aparentemente nocivos à dignidade humana em certos Estados sejam tolerados ou mesmo legalizados em outros⁸⁷⁶.

O que importa, de fato, é entender que os direitos humanos fortalecem a soberania, esta concebida como “popular”, isto é, no sentido de que “soberano é o cidadão e não o Estado”. A par disso, não se pode negligenciar o fato de que a cidadania “é cada vez mais supranacional”. Neste sentido, Fernando de Magalhães Furlan afirma ainda:

O direito de participar do poder político não mais se restringe ao território de um Estado, estendendo-se principalmente porque ele se exerce para assegurar a dignidade da pessoa humana - princípio essencial de qualquer ordenamento - e, onde esta tiver sido atingida, há que haver um cidadão disposto a colaborar com o ameaçado ou lesado em seu direito para a pronta defesa, independente de nacionalidades. Considerando a democracia direito fundamental, a soberania popular cumpre a tarefa de assegurar que a participação geral não seja negada, menos ainda afastada para se substituir pelos eventuais governantes⁸⁷⁷.

Na realidade contemporânea não tem como dissociar o direito interno do direito internacional, principalmente porque na essência desses direitos está a proteção da dignidade da pessoa humana. Neste cenário, a decorrente limitação das competências do Estado pela atribuição conferida aos órgãos que produzem as normas supranacionais, “constitui, iniludivelmente, uma limitação à própria soberania do Estado, considerada esta em sua concepção mais vinculada à idéia de capacidade suprema de produzir, por si e internamente, uma ordem jurídica”⁸⁷⁸. Fernando de Magalhães Furlan ressalta:

Se se põe que o constitucionalismo contemporâneo privilegia a produção heterógena de normas para possibilitar uma maior composição de interesses dos povos integrados ou reunidos em comunidade, com a participação popular soberana e efetiva, parece indubitável que se pode considerar a manutenção daquele conceito e até mesmo o seu fortalecimento. A matéria dos direitos humanos, que dominam o cenário jurídico nas últimas décadas, vem comprovar que a soberania estatal não se sobrepõe ao direito que resguarde o ser humano em sua condição universal. O cuidado daquele tema constitui, irretorquivelmente, uma superação da soberania estatal absoluta e intangível ao questionamento do resto do mundo⁸⁷⁹.

⁸⁷⁶ GARCIA, Emerson. 2005. *Op. cit.*, p. 49.

⁸⁷⁷ FURLAN, Fernando de Magalhães. *Op. cit.*, p. 80.

⁸⁷⁸ *Idem, ibidem*, p. 80.

⁸⁷⁹ *Ibid*, p. 80.

A questão de que a soberania e a proteção internacional dos direitos humanos são dois fundamentos irreconciliáveis decorre da interpretação que prima pela sua verticalidade. Porém, na atualidade, a soberania é redimensionada para se impor mais fortemente em sua projeção horizontal, isto é, “não em relação ao aparato burocrático dos poderes que compõem os quadros de ação do Estado, mas em respeito à atuação cidadã permanente, intransferível e decisiva dos povos interessados”⁸⁸⁰.

Os princípios da soberania e da dignidade humana não podem ser colocados de modo hierarquizado porque levaria à conclusão equivocada de que a soberania deve ser afastada em *prol* da proteção dos direitos humanos, o que não condiz com a realidade de que tais princípios são equivalentes. A questão não está na priorização de um dos princípios em relação ao outro, mas na busca de mecanismos capazes de concretizar ambos os princípios. O caminho inexorável é a garantia dos direitos humanos por meio do exercício da soberania, isto é, inserindo no conceito de soberania o elemento “dignidade humana”, o que não é difícil já que a soberania decorre da ordem jurídica para a realização da vontade popular. Significa dizer que a mundialização dos direitos humanos e a universalização das garantias fundamentais do ser humano formam em conjunto:

[...] a tônica mais realçada e própria para a realização da dualidade internacional que se põe e segundo a qual os Estados se reúnem para se fortalecerem e se prestarem à solução de problemas comuns com a soma dos seus esforços, recursos e comportamentos para o que, paralela e contrariamente, necessitam abrir mão do sentido absolutista e exclusivista que o conceito antigo de soberania abrigava. Mas sem o associacionismo internacional dos Estados, especialmente dos mais fracos economicamente, ter-se-á o retorno ao imperialismo em sua feição mais perversa⁸⁸¹.

Tudo o que se analisou até aqui leva à conclusão inafastável de que “o conceito clássico de soberania não pode mais prevalecer no mundo contemporâneo, sendo substituído por um conceito voltado para a prevalência da dignidade da pessoa humana”. Hoje as idéias de soberania popular e de direitos humanos formam os fundamentos essenciais do Estado, sendo que tanto o sistema internacional quanto o sistema interno devem ser baseados nestes dois pilares⁸⁸².

Se antes os referidos fundamentos foram enunciados como contrapostos, alternando-se ao longo do tempo a preponderância de um conceito sobre o outro: “ora predominava o conceito de soberania sobre os direitos humanos, ora se argumenta pela

⁸⁸⁰ FURLAN, Fernando de Magalhães. *Op. cit.*, p. 80.

⁸⁸¹ *Idem, ibidem*, p. 81.

⁸⁸² BERARDO, Telma. 2003. *Op. cit.*, p. 225.

prevalência dos direitos humanos sobre o conceito clássico de soberania”, na atualidade é preciso não só desenvolver a idéia, mas concretizá-la no sentido de que os conceitos de soberania e de direitos humanos são complementares entre si, levando a uma nova concepção do conceito de soberania em sua projeção horizontal, cuja complementaridade ocorre por meio da integração realizada pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Nas palavras de Telma Berardo:

A concepção moderna dos direitos humanos, como direitos indivisíveis, unos e universais, promove a complementação entre os dois pilares. A soberania e os direitos humanos não devem ser vistos como pilares contrapostos, pelo contrário, devem ser vistos coordenadamente. Os direitos humanos, através do princípio da dignidade, e de seu caráter universal, realiza novos contornos ao conceito de soberania⁸⁸³.

Esses contornos, contudo, não são no sentido de diminuição da soberania, mas da sua reafirmação, fortalecendo, de modo reflexivo, a democratização do direito internacional, o que se demonstra por meio dos mecanismos de justicialização dos direitos humanos colocados à disposição dos indivíduos no sistema internacional e da consagração do ser humano como sujeito de direito na esfera internacional. Significa dizer que para cumprir sua finalidade de Estado Democrático de Direito, tanto internamente quanto na ordem internacional, o Estado deve observar os direitos de seus cidadãos e desenvolver os mecanismos que tornam o direito internacional justiciável. Desse modo, por meio da democratização, os sistemas de direitos humanos interno e internacional e o princípio da soberania estatal devem atuar em consonância, até porque:

Não se justifica mais a visão estanque destes dois ramos jurídicos [interno e externo], pois a nova permeabilidade criada com o aprimoramento do sistema internacional de proteção do indivíduo veio a modificar por completo a concepção clássica de soberania, tornando-a superada⁸⁸⁴.

Neste sentido, menciona-se o discurso na plenária da abertura da II Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Viena, nos dias 14 a 25 de junho de 1993, proferido por Boutros Boutros-Ghali:

Eu sou tentado a dizer que, por sua natureza, os direitos humanos abolem a tradicional distinção entre ordem jurídica interna e ordem internacional. Eles são criaturas de uma permeabilidade jurídica nova. Eles se caracterizam então, por não os considerar, nem sob o ângulo da soberania absoluta, nem sobre aquele de ingerência política. Mas, ao contrário, é preciso compreender que os direitos humanos implicam em colaboração e coordenação dos Estados e das organizações internacionais. A íntima conexão existente entre direitos humanos e

⁸⁸³ BERARDO, Telma. 2003. *Op. cit.*, p. 225-6.

⁸⁸⁴ *Idem, ibidem*, p. 226.

democracia faz com que esta nova concepção de soberania seja possível com o aprimoramento do sistema democrático⁸⁸⁵.

Destarte, a soberania passa a ser um meio de instrumentalização dos conceitos de direitos fundamentais e de direito internacional dos direitos humanos. Assim, “se tanto a ordem interna quanto a ordem internacional democraticamente constituídas visam à prevalência da dignidade da pessoa humana, a soberania não pode mais ser vista como um empecilho à realização da finalidade do direito”. Ao contrário, “a soberania passa a ser vista, sob a ótica *ex parti populi* como o poder do povo, que deve ser exercido por meio de seus governantes para que seus direitos sejam observados de fato”⁸⁸⁶.

Antônio Augusto Cançado Trindade enfatiza que numa sociedade democrática, a ordem jurídica só se justifica e se realiza com a devida observação e garantia dos direitos humanos, ou seja, “a proteção destes é um propósito básico à ordem jurídica”. É apenas nesse sentido, no âmbito do qual se realizam os direitos humanos, que se pode conceber o direito à ordem jurídica constitucional. O exercício efetivo da democracia, por sua vez, “contribui decisivamente para a observância e garantia dos direitos humanos, e a plena vigência destes caracteriza em última análise o Estado de Direito”. Antônio Augusto Cançado Trindade destaca que:

[...] reside no fato de que os próprios instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos contêm disposição em favor de um direito, precisamente a ordem constitucional, no sentido indicado. Significaria então que a ordem interna estaria condicionada a estes valores, ou seja, que a dignidade deve ser vista como um princípio que limitaria o exercício do denominado poder constituinte originário?⁸⁸⁷.

Trata-se de uma questão controvertida, cujos argumentos oscilam entre o conceito de poder constituinte originário como um poder de fato e, portanto, meramente político, e o conceito de poder constituinte originário como um poder ditado pelo direito. Obviamente que se trata de um poder originário de direito, notadamente porque decorre do Estado Democrático de Direito, que exige um poder juridicamente constituído, e, destarte, submetido a certas restrições. De qualquer forma, não se pode perder de vista que o Estado não vive isolado, mas sim inserido numa ordem internacional, e negar isso é o mesmo que negar a própria realidade. Assim, não é possível a manutenção de uma visão segmentada de Estado e soberania. Conforme Telma Berardo:

⁸⁸⁵ BERARDO, Telma. 2003. *Op. cit.*, p. 226.

⁸⁸⁶ *Idem, ibidem*, p. 227.

⁸⁸⁷ Antônio Augusto Cançado Trindade *apud* BERARDO, Telma. 2003. *Op. cit.*, p. 227-8.

A democratização do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, através da inserção do indivíduo na sociedade internacional, demonstra que a adoção de uma posição isolacionista contrariaria esta nova ótica de soberania, baseada na dignidade da pessoa humana. Deste modo, se o Estado em questão quiser manter sua ordem democrática, e manter-se em dia com suas obrigações internacionais, o estabelecimento de uma nova ordem jurídica interna deve observar esses contornos à soberania, melhor dizendo, deve adotar a visão soberania que coaduna com a proteção dos direitos humanos e o Estado Democrático de Direito⁸⁸⁸.

Mesmo aqueles países que ainda adotam regimes antidemocráticos não podem excluir seus indivíduos de terem direito à dignidade, dado o caráter universal dos direitos humanos que reconhece em cada ser humano um sujeito de direitos, independentemente em que território habite. Contudo, isso não significa que deve haver a imposição de valores aos povos que não estão sob vigência dos princípios democráticos. Para tais situações a solução deve ser o diálogo.

Não há que se falar assim em uma imposição de valores, pois esse diálogo é possível através da conjugação dos valores liberdade e igualdade, presente tanto no sistema internacional, como no sistema interno. A tensão existente entre esses valores não deve ser vista como impeditiva da superação das divergências, pelo contrário, devem ser usadas de modo a buscar-se um equilíbrio. Assim, “a superação da tensão existente entre tais valores é necessária para que seja possível uma verdadeira comunidade internacional democrática. Essa busca é realizada tanto no âmbito interno, quanto no âmbito internacional”⁸⁸⁹.

Com a internacionalização das questões de direitos humanos, a democratização da sociedade internacional direciona-se no sentido de colocar os indivíduos em relevância. “A soberania vista sob o enfoque da dignidade da pessoa humana vem a afirmar este processo”⁸⁹⁰, eis que em vez de tripudiar sobre os direitos humanos, o Estado, no exercício de sua soberania, deve tornar-se um instrumento coletivo para assegurá-los: “seus atos tornam-se justos à proporção que asseguram e defendem direitos”⁸⁹¹.

A autoridade do Estado, aplicada aos cidadãos, é limitada pelo direito. O indivíduo, pela sua dignidade natural de pessoa, dispõe de liberdade e de autoridade, de que não pode ser despojado. Uma das idéias mais fecundas dos tempos modernos é aquela que visualiza no indivíduo “direitos anteriores e superiores aos do Estado, a quem cabe, por conseguinte,

⁸⁸⁸ BERARDO, Telma. 2003. *Op. cit.*, p. 228-9.

⁸⁸⁹ *Idem, ibidem*, p. 229-30.

⁸⁹⁰ *Ibid*, p. 232.

⁸⁹¹ PAUPERIO, A. Machado. **O conceito polêmico de soberania**. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 190.

respeitá-los”. Destarte, um Estado racionalmente concebido e constituído jamais poderá deixar de reconhecer e proteger os direitos da pessoa humana, “do mesmo modo que a pessoa, em sua racionalidade, não pode desconhecer o Estado, desde que tenha entrado em relação com outras pessoas”. Os cidadãos aceitam as ordens do Estado não só porque estão de acordo com elas, mas em razão de que “compreendendo-lhes a finalidade, se sentem obrigados a obedecer”⁸⁹².

Ao analisar esse tema, Sampaio Dória levanta o seguinte questionamento: “se a soberania não tiver por destino servir os indivíduos no respeito sagrado às suas vidas e às suas liberdades, para que há de ela existir?”⁸⁹³ A resposta é dada por Machado Pauperio, nos seguintes termos:

Sob esse aspecto, nenhuma escola pôs melhor em equação o problema do que a francesa, ao concluir que o poder do Estado se encontra limitado pelos direitos fundamentais do ser humano: a igualdade e a liberdade. O indivíduo, em última análise, é o árbitro supremo de seu procedimento e obedece melhor ao governo quando reconhece o valor moral e social das normas coatoras. Por isso [...] “a legislação, para impor suas restrições à liberdade pessoal, há de inspirar-se, não em uma doutrina abstrata, mas nas necessidades que a vida impõe”. Afinal de contas, só tais necessidades podem justificar a restrição dos direitos individuais⁸⁹⁴ (grifo do autor).

Como é sabido, para manter-se operante, todo ser coletivo precisa do concurso ativo e espontâneo dos seus elementos formadores. De igual modo, o Estado, enquanto ser coletivo, não pode prescindir da livre iniciativa dos indivíduos, e precisando de seus indivíduos, não teria sentido que o próprio Estado banisse ou cerceasse direitos de seus cidadãos. O Estado não é um fim em si mesmo, mas apenas um meio para que os cidadãos consigam alcançar o seu fim próprio, por meio do melhoramento das condições da vida humana. É por isso que “cada indivíduo tem a prerrogativa de exigir do Estado a existência de um meio pelo qual possa realizar, ao menos virtualmente, a perfeição de sua individualidade”. O ser humano, enquanto cidadão, é súdito de seu Estado, não para se subordinar os fins do Estado, mas para se utilizar do Estado para proveito de sua personalidade⁸⁹⁵. Ainda sobre as finalidades do Estado, Machado Pauperio explica que:

O Estado, portanto, não é benfazejo senão na medida em que se mantém dentro do limite de suas legítimas atribuições e na medida em que não invade a esfera própria da livre atividade do indivíduo e dos grupos sociais. Como diz Ataliba Nogueira, “de modo geral, em qualquer destas esferas, a atividade do Estado é

⁸⁹² PAUPERIO, A. Machado. *Op cit.*, p. 189-90.

⁸⁹³ Sampaio Dória *apud* PAUPERIO, A. Machado. *Op cit.*, p. 191.

⁸⁹⁴ PAUPERIO, A. Machado. *Op. cit.*, p. 191.

⁸⁹⁵ *Idem, ibidem*, p. 192.

meramente supletiva, deve ele auxiliar a atividade individual e de modo algum afastá-la ou excluí-la; há de vir-lhe em socorro com o peso da sua força, a fim de facilitar aos indivíduos e às associações privadas o preenchimento dos seus fins peculiares”. O encargo próprio do Estado é a direção política temporal de uma determinada coletividade humana. Sua finalidade não é outra, portanto, senão, também, defender o interesse coletivo de tal comunidade, chamado “bem comum”. Mesmo na ordem do temporal, entretanto, só adquire o Estado competência quando está em jogo o bem público, não cabendo a ele invadir a “esfera privada”. Desta forma, a soberania do Estado, como, aliás, toda e qualquer soberania não deixa de ser relativa, a ela cabendo, precipuamente, respeitar os direitos da pessoa humana⁸⁹⁶.

Tudo isso para dizer que a soberania de outros Estados tem que ser igualmente um elemento de limitação da soberania. A existência do direito internacional, portanto, deve tornar ainda mais limitada a soberania do Estado. O erro da doutrina clássica da soberania absoluta, na interpretação de Machado Pauperio “está em ver na liberdade um poder de autonomia incondicionada. A vida da comunidade internacional exige que o Estado moderno se acomode aos supremos interesses da humanidade”. Já não é possível conceituar a vontade do Estado como absolutamente livre⁸⁹⁷.

Porém, todas as considerações apresentadas, que sintetizam a substituição do conceito clássico de soberania por um conceito voltado para a prevalência da dignidade da pessoa humana, perdem sentido se os indivíduos que estiverem por trás disso “não tiverem uma atitude transformadora, co-responsável, inovadora e consciente”⁸⁹⁸. Nas explicitações de Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues Guerra:

Um instrumento internacional de proteção aos direitos humanos estabelece uma série de direitos garantidos, prerrogativas, condições a serem observadas, deveres e obrigações a serem cumpridos, independentemente de ser um instrumento de proteção geral ou de proteção especial. Um determinado Estado, diante de uma situação de violação de direitos humanos em seu território, envidará seus melhores esforços para solucionar aquele caso concreto, procurando cessar a violação a referido direito, e se utilizará, por conseguinte, de meios, os mais diversos e eficazes, de forma a evitar que situações semelhantes tornem a acontecer, quer seja por sua força policial, quer seja por meio de seus aplicadores do direito⁸⁹⁹.

Os direitos, todos, indistintamente, são regidos pelo princípio da dignidade humana. O intérprete do direito deverá efetivamente fazer uso das teorias desenvolvidas, de todos os conhecimentos adquiridos na matéria, de modo a buscar a garantia concreta a determinado direito de modo a evitar que retrocessos ocorram na agenda dos direitos humanos. Também os governantes, ao traçar políticas públicas de efetivação e garantia dos direitos humanos,

⁸⁹⁶ PAUPERIO, A. Machado. *Op cit.*, p. 192-4.

⁸⁹⁷ *Idem, ibidem*, p. 197.

⁸⁹⁸ GUERRA, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues. *Op. cit.*, p. 285.

⁸⁹⁹ *Idem, ibidem*, p. 285.

têm o dever de levar em consideração o princípio da dignidade da pessoa humana, o verdadeiro fundamento dos direitos humanos⁹⁰⁰.

É por meio da concretização do princípio da dignidade humana que se chega ao entendimento de que a soberania é limitada em seu conceito pelos interesses da comunidade internacional e de todos os cidadãos integrantes dessa grande comunidade, assim como de que toda e qualquer violação aos direitos humanos traduz-se numa questão de interesse de todas as pessoas humanas integrantes do globo terrestre, e não apenas daquele Estado, onde se deu a mencionada violação.

Como se vê, tudo passa, necessariamente, pela pessoa humana, à medida em que:

[...] é por meio de indivíduos que um Estado se faz representar, que uma organização não-governamental embate sua luta pelos direitos humanos e pela justiça. A pessoa humana, muitas vezes, é a vítima cujos direitos humanos foram violados; ela é o juiz que terá que decidir sobre uma questão envolvendo direitos humanos que lhe foi submetida; ela é o cidadão que detém o direito a ter direitos; e, com esta prerrogativa, inúmeros deveres humanos, para com seus semelhantes e para com a comunidade internacional, é ela a pessoa que não poderá se mostrar inócua, à medida que terá que ser capaz de pensar e ir contra estruturas, autoridades e ordens com as quais não concordar, não as aceitando em detrimento de vidas e valores de seus semelhantes. Por conseguinte, cada pessoa humana deve ter em si incutida uma profunda cultura de direitos humanos, tendo como ponto fulcral e norteador o princípio da dignidade da pessoa humana. Esta cultura tem que ser cultivada, propagada, difundida ao máximo em sua extensão, em cada atitude, das mais simples às mais complexas e reveladoras de situações-limite⁹⁰¹.

As violações de direitos humanos não podem mais ser acobertadas sob o falso manto da soberania estatal. As questões envolvendo a efetivação da proteção internacional dos direitos humanos já deixaram de ser de interesse unicamente do Estado violador, transformando-se em interesse de toda a comunidade internacional. O agir responsável e conjunto não pode ter, tampouco têm, destinatários, nem preferidos. Deve atingir “a todos os necessitados, a todos os desprivilegiados, a todos os excluídos, a todos aqueles cujos mais básicos direitos humanos foram negados”⁹⁰².

Para concluir, cita-se as pertinentes palavras de Carlos Weis:

Parece, aliás, bizarro que um Estado, de livre vontade, contraia obrigações internacionais, submeta-as ao Legislativo - que as ratifica - e ulteriormente alegue violação de sua soberania para não aplicá-las, mesmo tendo havido expressa e manifesta vontade dos Poderes representativos da legitimidade popular quando da assinatura e da ratificação do instrumento internacional. É de

⁹⁰⁰ GUERRA, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues. *Op. cit.*, p. 285.

⁹⁰¹ *Idem, ibidem*, p. 286.

⁹⁰² *Ibid*, p. 287.

se entender justamente o contrário, pois a vinculação do Brasil a obrigações internacionais não poderia se dar senão em decorrência do exercício livre de sua soberania⁹⁰³.

⁹⁰³ WEIS, Carlos. *Op. cit.*, p. 30.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma das principais questões envolvendo soberania remete ao equilíbrio entre a necessidade de uma ordem internacional e o exercício da soberania nacional. No que diz respeito ao direito internacional dos direitos humanos, a discussão se desloca para a construção de um conceito de soberania que compreenda o efetivo respeito aos direitos humanos. Para tanto, percorreu-se um longo caminho investigativo distribuído em duas partes: a primeira abordou o Estado soberano e os fundamentos do processo de internacionalização dos direitos humanos; a segunda enfrentou a questão da relativização da soberania face à efetivação da proteção internacional dos direitos humanos.

Acerca do Estado soberano perante o direito internacional, constata-se, com este estudo, que o Estado contemporâneo é concebido como uma organização política e jurídica do grupo social, que ocupa um território fixo, está submetido a uma soberania, e tem como finalidade o bem comum de seu povo.

Enquanto sociedade política, o Estado foi instituído com a finalidade geral de propiciar o bem comum, expressão que atualmente engloba em seu conceito todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana.

Há que se ressaltar, todavia, que as finalidades do Estado não coincidem com àquelas atribuídas à sociedade humana em sua acepção ampla, porque tem por objetivo primeiro o desenvolvimento integral da personalidade dos integrantes de um povo específico, situação que determina uma concepção particular de bem comum para cada Estado, em razão das peculiaridades de seus membros.

As dificuldades que emergem relacionam-se à definição do que vem a ser a soberania. Da análise do processo histórico do Estado soberano, extraem-se alguns conceitos de soberania importantes à sua compreensão no contexto contemporâneo, destacando-se o entendimento de Proculo, para quem os poderes soberanos não estão sujeitos a outro Estado; as teorias dos juristas medievais que acentuaram a plena autoridade de um soberano dentro do Estado; a tese defendida por Jean Bodin, de que a soberania é um poder absoluto e perpétuo, mas limitado pelas leis divina e da natureza, chegando-se à

concepção de Estado soberano contemporâneo como aquele que não se sujeita a nenhum outro, e que tem plena e exclusiva autoridade na sua jurisdição, sem prejuízo dos limites estipulados pela lei aplicável.

Ao longo da história, verifica-se a utilização dos vocábulos “soberano” e “soberania” em três sentidos: como um poder não sujeito a qualquer autoridade superior, exceto quando reconhecido por uma lei da natureza; para designar a autoridade suprema dentro de um Estado; e referindo-se ao portador ou titular da suprema autoridade. Essas diferentes noções são conservadas até os dias de hoje e têm sido confundidas umas com as outras, contribuindo sobremaneira para prejudicar e obscurecer a teoria da soberania contemporânea.

Com efeito, a questão da soberania nunca foi fácil de ser solucionada. As dificuldades se avolumam na medida em que se avança no tempo. No processo evolutivo, as denominações tradicionalmente utilizadas para identificar sua fonte e sua orientação são acrescidas de outras, construídas pelas novas formas de relações sociais, geradas num certo e determinado espaço temporal. De qualquer modo, a clássica visão de soberania voltada à satisfação e à legitimação dos poderes do próprio Estado está superada face às atuais exigências da satisfação dos indivíduos, notadamente a dignidade humana.

Constata-se que o ativismo estatal contemporâneo leva em consideração a vontade geral de seu povo no sentido do bem comum, e não mais a satisfação de interesses próprios do Estado. Essa alteração da titularidade do poder transforma a soberania do monarca em soberania popular. A soberania política é substituída pela jurídica. O poder soberano passa a ser um poder jurídico, embora mantenha, no aspecto fático, seu caráter político. É que, apesar do progresso verificado rumo à soberania jurídica, a soberania continua a ser concebida de dois modos distintos: como sinônimo de “independência”, invocada, nesse particular, para afirmar a não-submissão a qualquer outro Estado; e como a expressão de um poder jurídico, no sentido de que, dentro dos limites da jurisdição do Estado, apenas este tem o poder de decisão sobre a eficácia de qualquer norma jurídica.

Em essência, o conceito de soberania foi formado a partir de meados do século XVI para permitir a resolução do problema ocidental da instituição de uma autoridade ao mesmo tempo legítima, portanto consentida e eficaz, e de uma comunidade política que reúna um grande número de indivíduos vivendo em comum em um território nacional.

Contudo, as mudanças fazem com que seja necessária uma reavaliação dos conceitos de soberania até então apresentados.

A latente problemática relacionada ao conceito contemporâneo de soberania está fincada na constante busca de equilíbrio à construção de uma ordem internacional legítima, que seja eficiente para fazer respeitar o exercício da soberania de cada Estado e, ao mesmo tempo, capaz de criar mecanismos regulatórios que funcionem como instrumento direcionado à solução de conflitos, sem perder de vista sua finalidade última que é o ser humano.

No que versa sobre os fundamentos do processo de internacionalização dos direitos humanos, especificamente sobre o seu reconhecimento público pela sociedade ao longo do processo histórico-evolutivo da sociedade ocidental, constata-se que o mundo jurídico greco-romano apresenta dois aspectos peculiares: não reconheceu os direitos humanos de forma expressa, em decorrência da sua concepção de Estado, e traçou os fundamentos do moderno reconhecimento desses direitos por meio da sua doutrina clássica sobre o direito natural. Com efeito, os povos greco-romanos aceitaram a existência de direitos primários e até mesmo secundários dos seres humanos, mas não chegaram a positivizar esses direitos em textos legais. Numa interpretação atual, não se pode afirmar que as civilizações antigas chegaram a conhecer um direito internacional dos direitos humanos. A existência de um direito similar resumia-se, no máximo, às relações entre os grupos sociais vizinhos.

De fato, o direito internacional dos direitos humanos é produto da solidariedade humana e da interdependência dos Estados. Suas bases teórico-científicas foram construídas apenas no século XVII, resultado de uma série de fatores religiosos, políticos, econômicos e sociais da Idade Média que ocasionaram muito sofrimento humano e tiveram grande repercussão mundial, a exemplo da inquisição e das cruzadas.

Os documentos escritos na Idade Média constituem o início de um desenvolvimento que levaria, no decorrer dos séculos, ao moderno direito constitucional. No entanto, uma genuína declaração de direitos humanos aconteceu somente em 1789, quando a Assembléia Nacional francesa aprovou sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamando os direitos individuais, referentes à vida, à igualdade, à liberdade e à fraternidade entre os indivíduos, que desde logo teve grande repercussão, em razão de ter assegurado direitos universais.

Durante as revoluções do século XVIII, o indivíduo perseverou na luta por consolidar-se como o centro da organização política, a título individual. No século seguinte os movimentos sociais direcionaram-se no sentido de assegurar garantias consideradas mínimas para a subsistência humana. Foi nessa época que o indivíduo tomou consciência e se assumiu como sujeito coletivo, o que repercutiu no entendimento da proteção da sua vida. O problema da proteção dos direitos humanos deixa de ser restrito à órbita interna dos Estados. Dele passa a se ocupar o direito internacional público, por seu ramo denominado direito internacional dos direitos humanos. Como decorrência lógica, emerge a pessoa humana como sujeito de direitos no plano internacional.

O respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, sem distinções de qualquer espécie, passou a figurar, desde então, como premissa fundamental do direito internacional. A Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, os pactos internacionais que o sucederam, bem como as duas Convenções de Viena sobre o Direito dos Tratados e o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, em conjunto, passaram a dominar o pensamento contemporâneo, fazendo com que a proteção aos direitos humanos se consagrasse no contexto internacional. No plano substantivo, o direito internacional dos direitos humanos apresenta-se dotado de fundamentos e princípios próprios, do mesmo modo que é formado por um conjunto de normas que exigem uma interpretação e aplicação no sentido de alcançar a efetiva realização do objeto e propósito dos instrumentos de proteção. Também no âmbito operacional, o direito internacional dos direitos humanos já conta com uma série de mecanismos próprios de supervisão.

Verifica-se, desse modo, que a partir do final do século XX a proteção da dignidade da pessoa humana conquistou importância relevante. A dignidade da pessoa humana alcançou o patamar de princípio fundamental, dando unidade ao sistema constitucional, concebido atualmente como verdadeiro núcleo essencial da hermenêutica constitucional.

Duas são as características que fundamentam e definem a finalidade do direito internacional dos direitos humanos: a dignidade humana e o indivíduo como sujeito de direito internacional. Esse reconhecimento normativo traz, também, duas consequências importantes: a necessidade da construção de um novo conceito de soberania e o reconhecimento do indivíduo como sujeito de direito internacional dos direitos humanos. Quanto ao conceito de soberania, a universalização da proteção dos direitos humanos implicou no término da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, na medida em

que são admitidas intervenções no plano nacional em benefício da proteção dos direitos humanos. Por sua vez, o reconhecimento do indivíduo como sujeito de direito internacional dos direitos humanos cristaliza a idéia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de direitos.

O processo de internacionalização dos direitos humanos, além de ascender o princípio da dignidade humana à categoria de valor-fundamento da pessoa humana, contribuiu para o processo de democratização do próprio cenário internacional, já que, ao lado do Estado, novos sujeitos de direitos passaram a participar da arena internacional, como os indivíduos e as organizações não-governamentais. Com efeito, o direito internacional dos direitos humanos tem como características fundamentais a dignidade humana e a nova reconfiguração jurídica do indivíduo como sujeito de direito internacional. O passo seguinte é verificar se a universalização da proteção dos direitos humanos afronta o princípio da soberania dos Estados.

Diante da necessidade de manutenção da soberania estatal, da impraticabilidade de uma soberania absoluta nos moldes tradicionais, e do reconhecimento do indivíduo como sujeito de direitos humanos, foram surgindo teorias na tentativa de desenvolver um conceito plausível de soberania capaz de resolver as tensões naturais existentes nas relações entre os Estados com seus cidadãos e na esfera internacional. Existe certo consenso de que a relativização da soberania estatal atua em benefício da efetivação do direito internacional dos direitos humanos.

A primeira conclusão a que se chega quando do enfrentamento do conceito de soberania face à efetivação da proteção internacional dos direitos humanos é a de que a noção de uma soberania absoluta é obsoleta, não mais condizendo com a realidade internacional contemporânea. O direito internacional está inserido acima do Estado, não em detrimento da soberania, mas em proveito do bem comum universal.

Não é de hoje que se defende que a soberania absoluta é inviável. Mesmo definindo a soberania como poder perpétuo e absoluto, Jean Bodin, nos idos do século XVI, já entendia que esse poder não podia ser arbitrário, sem limites, sob o argumento de que sempre existe uma lei superior, inicialmente as leis da natureza e dos deuses, depois as leis institucionalizadas pelo indivíduo como comuns a todos os povos. Na ótica bodiniana, o

Estado até poderia não se sujeitar às leis humanas, mas não possuía discricionareidade para esquivar-se das leis divinas e naturais.

Defende-se que a implementação de medidas internacionais no sentido de se promover e assegurar a dignidade da pessoa humana não é conflitante com a soberania dos Estados, ao contrário, redimensiona os contornos do conceito de soberania enquanto manifestação do poder estatal limitado pelo direito. As alterações no conceito de soberania aconteceram quando esta, de política passou a ser jurídica.

A segunda conclusão a que se chega é a de que o direito internacional dos direitos humanos tem como características fundamentais a dignidade humana e a nova reconfiguração jurídica do indivíduo como sujeito de direito internacional.

Por fim, a terceira constatação conclusiva é a de que a universalização da proteção dos direitos humanos, que implica em intervenções no plano nacional, não afronta o princípio da soberania dos Estados, ao contrário, o fortalece.

A proteção dos direitos humanos não pode mais ser questionada com fundamento numa pretensa soberania estatal. Neste contexto, pode-se dizer que o reconhecimento da legitimidade da preocupação da sociedade internacional com a proteção dos direitos humanos foi uma conquista conceitual, pois que inseriu na definição de soberania a característica da proteção da pessoa humana, ou seja, confirma-se o entendimento de que os direitos humanos extrapolam o domínio reservado dos Estados, invalidando o recurso abusivo ao conceito de soberania para encobrir violações.

Ainda que se queira recorrer aos padrões tradicionais de soberania, é necessário destacar que a própria atuação do Estado quando adere ao direito internacional traduz-se na manifestação da sua atividade soberana. Desse modo, a incorporação de tratados internacionais aos ordenamentos jurídicos internos dos Estados não pode ser vista como amesquinamento da soberania, mas sim a sua plena manifestação, pois a celebração de um tratado é justamente um dos mais importantes exercícios de soberania por parte do Estado. Disso infere-se que a eventual alegação de competência exclusiva dos Estados ou mesmo de violação da soberania estatal encontra-se definitivamente ultrapassada.

No entanto, aqui não se está a falar na diminuição da importância da soberania, mas sim do redimensionamento dos seus contornos a partir de uma coexistência harmoniosa

entre dois princípios equivalentes: a soberania dos Estados e a prevalência dos direitos humanos, em razão de todo sistema encontrar-se baseado nas normas e princípios que regem o Estado Democrático de Direito.

O valor supremo do direito contemporâneo é a dignidade humana, garantida por meio da proteção dos direitos humanos, sendo que a soberania é uma decorrência do próprio direito. Dessa forma, não há como subsistir o argumento de que o exercício da soberania inviabilizaria a proteção dos indivíduos. Pensar de modo diverso seria o mesmo que negar o próprio Estado Democrático de Direito e retornar a um Estado absoluto, transferindo todos os poderes não ao ordenamento jurídico emanado do povo, mas ao soberano, negando todas as conquistas que foram sendo alcançadas e positivadas ao longo dos últimos séculos.

As violações de direitos humanos não podem mais ser acobertadas sob o falso manto da soberania estatal. As questões envolvendo a efetivação da proteção internacional dos direitos humanos já deixaram de ser de interesse unicamente do Estado violador, transformando-se em interesse de toda a comunidade internacional.

Apesar de reconhecida a importância da proclamação dos direitos humanos e de sua ampla internacionalização, é preciso que a sociedade internacional combata a privação dos direitos impostergáveis dos indivíduos, assegurados na Declaração Universal dos Direitos Humanos. A positivação dos direitos humanos em documentos internacionais representou um grande avanço, mas o grande desafio do direito internacional dos direitos humanos continua sendo sua efetivação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando. SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. **Manual de direito internacional público**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **A efetividade dos direitos humanos**: o desafio contemporâneo. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC*, nº 4, p. 309-322, jul./dez. 2004a.

_____. **Patrimônio genético humano**: e sua proteção na Constituição Federal de 1988. São Paulo: Método, 2004b.

ALEMANHA, Constituição (1919). **Constituição da Federação Alemã, de 11 de agosto de 1919**. Constituição de Weimar. Disponível em: <<http://web.jjay.cuny.edu/~jobrien/reference/ob13.html>>. Acesso em: 10 jul. 2008.

ALMEIDA, Fernando Barcellos de. **Teoria geral dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1996.

ALMEIDA, Guilherme Assis de. **A declaração universal dos direitos humanos de 1948**: matriz do direito internacional dos direitos humanos. p. 1-11. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; PERRONE-MOISÉS, Cláudia (coords.). *Direito internacional dos direitos humanos*: instrumentos básicos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Soberania, cosmopolitismo e o direito internacional dos direitos humanos - DIDH**. In: *Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo*, Paper, 2004. Disponível em: <http://www.nevusp.org/portugues/index.php?option=com_content&task=view&id=867&Itemid=96>. Acesso em: 28 abr. 2008.

ALTAVILA, Jayme de. **Origem dos direitos dos povos**. 5. ed. São Paulo: Ícone, 1989.

ALTAVILA, Jayme de. **Origem dos direitos dos povos**. 9 ed. São Paulo: Ícone, 2001.

ALVES, Cleber Francisco. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: o enfoque da doutrina e da Igreja. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ALVES, José Augusto Lindgren. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, 2003.

_____. **Os direitos humanos na pós-modernidade**. São Paulo: Perspectiva, 2005.

ANDERSON, Perry. **Linhagens do Estado Absolutista**. São Paulo: Brasiliense, 1985.

ARAGÃO, Selma Regina. **Direitos humanos**: do mundo antigo ao Brasil de todos. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed., tradução de Roberto Raposo, prefácio de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

_____. **As origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

_____. **O que é política?** 3. ed., organização de Ursula Ludz, prefácio de Kurt Sontheimer e Tradução de Reinaldo Guarany. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

ARISTÓTELES. *Colección ciencias políticas*. Montevideo, Uruguay: Libros en Red - Amertown International S.A., 2004.

BARROS, Alberto Ribeiro de. **Direito e poder em Jean Bodin**: o conceito de soberania na formação do Estado moderno. Tese apresentada ao Departamento de Filosofia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paul, para a obtenção do título de Doutor em Filosofia. Orientador: Rolf Nelson Kuntz. São Paulo: USP, 1999.

BARSA Enciclopédia. **Direito**. V. 5. São Paulo/Rio de Janeiro: *Enciclopaedia Britannica Editores*, Ltda., 1969a.

_____. **Revolução**. V. 12. São Paulo/Rio de Janeiro: *Enciclopaedia Britannica Editores*, Ltda., 1969c. p. 45.

_____. **Sólon**. V. 13. São Paulo/Rio de Janeiro: *Enciclopaedia Britannica Editores*, Ltda., 1969d.

_____. **Idade Média**. V. 7. São Paulo/Rio de Janeiro: *Enciclopaedia Britannica Editores*, Ltda., 1969b.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BATISTA, Guilherme. **Direitos humanos**: preservação da cultura de país soberanos. *In: Revista Verbis*. Rio.de Janeiro, ano 1, nº 4. p. 16-17. out./nov. 1996.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2001.

BERARDO, Telma. **Soberania e direitos humanos**: reconceituação com base na dignidade humana. Dissertação apresentada à banca examinadora da Pontifica Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional. Orientadora: Flávia Piovesan. São Paulo: PUC, 2003.

_____. **Soberania**: um novo conceito? *In: Revista de Direito Constitucional e Internacional*, nº 40, ano 10, p. 21-45. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set., 2002.

BERCOVICI, Gilberto. **O estado de exceção econômico e a periferia do capitalismo**. *In: E-premissas*, Revista de Estudos Estratégicos da UNICAM, nº 2, jan./jun, 2007. p. 61-9.

Disponível em: <<http://www.unicamp.br/nee/epremissas/pdfs/2/03.02.pdf>>. Acesso em 20 mai. 2008.

BÍBLIA SAGRADA. **Antigo e novo testamento**. Tradução do Padre Antônio Pereira de Figueiredo. Rio de Janeiro: Edição Barsa para a Família Católica, impressão *Catholic Press*, 1969. Evangelho de São Marcos, capítulo 12, versículo 17.

BÍBLIA, a.C. **Bíblia sagrada**. 8. ed. Aparecida: Editora Santuário, 1978. Gênesis, capítulo 1, versículos 26-27.

BOAVENTURA, Bruno José Ricci. **A gênese das idealizações ocidentais da lei e do legislador**. In: *Jus Vigilantibus*, em 16 de abril de 2008, Editora Dominus Legis. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/32869>>. Acesso em: 07 jul. 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Regina Lyra. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier/Campus, 2004.

_____. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alberto Fait. São Paulo: Editora Mandarim, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Curso de direito constitucional** 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BROTÓNS, Antonio Remiro. **Derecho internacional**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007.

CAMBESES JÚNIOR, Manuel. **O Estado**: apreciação sob quatro enfoques. In: *Escola Superior de Guerra*, Rio de Janeiro, junho de 2002. Disponível em: <<http://www.esg.br/publicacoes/artigos/a076.html>>. Acesso em: 12 mai. 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CASTRO, Amílcar de. **Direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CHEVALIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1966.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **A Constituição Mexicana de 1917**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/mex1917.htm>>. Acesso em: 10 jul. 2008.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma (*La cite antique: étude sur lê culte, lê droit, les institutions de la Grece et de Rome* - 1864). Tradução de Jonas Camargo e Eduardo Fonseca. Rio de Janeiro: Ediouro, [s.d.].

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. **O que são direitos humanos?** Direitos humanos: noção e significado. In: *dhnet*, 1999. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/textos/oquee/oquedh.htm>>. Acesso em: 29 abr. 2008.

DAUDÍ, Mireya Castillo. **Derecho internacional de los derechos humanos**. 2. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTR, 2007.

DERANI, Cristiane; COSTA, José Augusto Fontoura. **Globalização e soberania**. Curitiba: Juruá, 2004.

DI LORENZO, Wambert Gomes. **O pensamento político de Carl Schmitt**: uma breve introdução. In: *Artigos do Instituto Jacques Maritain do Rio Grande do Sul*, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.maritain.com.br/index2.php?iProduct=91&p=productMore>>. Acesso em: 20 mai. 2008.

DIREITO INTERNACIONAL, Legislação. **Carta das Nações Unidas de 1945**. A Carta das Nações Unidas foi assinada em São Francisco, Califórnia, a 26 de Junho de 1945, após o encerramento da Conferência das Nações Unidas sobre Organização Internacional, entrando em vigor a 24 de outubro daquele mesmo ano. Disponível em: <<http://www.unesco.org.br/publicacoes/docinternacionais/1945-CartadasNacoesUnidas.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2008.

DIREITO INTERNACIONAL, Legislação. **Código de Hammurabi do Século XVIII a.C.** Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm>>. Acesso em: 10 jul. 2008.

DIREITO INTERNACIONAL, Legislação. **Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, 12 de junho de 1776**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1776.htm>>. Acesso em: 10 jul. 2008.

DIREITO INTERNACIONAL, Legislação. **Declaração de Direitos, de 1689 - Bill of Rights**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/decbill.htm>>. Acesso em: 10 jul. 2008.

DIREITO INTERNACIONAL, Legislação. **Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de julho de 1776**. Disponível em: <[http://www.infopedia.pt/\\$declaracao-de-independencia-dos-estados](http://www.infopedia.pt/$declaracao-de-independencia-dos-estados)>. Acesso em: 10 jul. 2008.

DIREITO INTERNACIONAL, Legislação. **Declaração dos Direitos da Virgínia, 12 de junho de 1776**. In: *DHnet, Rede Direitos Humanos e Cultura*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1776.htm>>. Acesso em: 20 mai. 2008.

DIREITO INTERNACIONAL, Legislação. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789.** Colocada posteriormente no início da Constituição francesa de 1791. Disponível em:

<http://www.geocities.com/marceloeva/Declaracao_Direitos_do_Homem.doc>. Acesso em: 16 mai. 2008.

DIREITO INTERNACIONAL, Legislação. **Declaração e Programa de Ação de Viena, de 1993.** Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/viena.html>>. Acesso em: 10 jul. 2008.

DIREITO INTERNACIONAL, Legislação. **Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, de janeiro de 1918.** Disponível em: <http://omilitante.pcp.pt/index.php?Itemid=33&id=179&option=com_content&task=view>. Acesso em: 12 jul. 2008.

DIREITO INTERNACIONAL, Legislação. **Declaração universal dos direitos humanos.** Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2008.

DIREITO INTERNACIONAL, Legislação. **Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.** Feito em Roma, aos 17 dias do mês de Julho de 1998, ratificado pelo Decreto do Presidente da República nº 2, publicado no Diário da República nº 15, Série I-A, de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/OI/TPI/Estatuto_Tribunal_Penal_Internacional.htm>. Acesso em: 20 jul. 2008.

DIREITO INTERNACIONAL, Legislação. **Lei das Doze Tábuas, 450 a.C.** Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/12tab.htm>>. Acesso em: 10 jul. 2008.

DIREITO INTERNACIONAL, Legislação. **Lei de Habeas Corpus, de 1679.** Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hc1679.htm>>. Acesso em: 10 jul. 2008.

DIREITO INTERNACIONAL, Legislação. **Manusrti - Código de Manu, 200 a.C. e 200 d.C.** Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/manusrti.htm>>. Acesso em: 10 jul. 2008.

DIREITO INTERNACIONAL, Legislação. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966.** Adotado pela Resolução nº 2.200 A (XXI) da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, vigente desde 23 de março de 1976 e ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992. Disponível em: <http://www.rolim.com.br/2002/_pdfs/067.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2008.

DIREITO INTERNACIONAL, Legislação. **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1976.** Adotado pela Assembléia-Geral das Nações Unidas para Ratificação e Adesão pela Resolução 2.200 (XXI), em 16 de dezembro de 1966, em vigor, de acordo com o artigo 27, a partir de 03 de janeiro de 1976 e promulgado no Brasil por meio do Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/m_591_1992.htm>. Acesso em: 10 jul. 2008.

DIREITO INTERNACIONAL, Legislação. **Petição de direitos, de 1628**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/pet1628.htm>>. Acesso em: 10 jul. 2008.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Constituição (1788). **A Constituição dos Estados Unidos da América, assinada em 17 de Setembro de 1787 e efectivada em 21 de Junho de 1788**. Disponível em: <<http://braziliantranslated.com/euacon01.html>>. Acesso em: 20 mai. 2008.

FERNANDES, Luciana de Medeiros. **Soberania & processo de integração**: o novo conceito de soberania em face da globalização (uma abordagem especial quanto às realidades de integração regional). 2. ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**: de acordo com a Constituição Federal de 1988. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves; *et alli*. **Liberdades públicas**. São Paulo: Malheiros, 1995.

FIGUEIREDO, Patrícia Cobianchi. **Os tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro**. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC*, nº 4, p. 619-640, jul./dez. 2004.

FINKELSTEIN, Cláudio. **O processo de formação de mercados de bloco**. São Paulo: IOB-Thomson, 2003.

FLEINER, Thomas. **O que são direitos humanos?** São Paulo: Max Limonad, 2003.

FLOH, Fabio. **Direito internacional contemporâneo**: elementos para a configuração de um direito internacional na ordem internacional neo-vestfaliana. p. 219-235. In: CASELLA, Paulo Borba; *et alli* (coords.). **Direito internacional, humanismo e globalidade**. São Paulo: Atlas, 2008.

FRANÇA, Constituição (1791). **Constituição da França, de 1791**. Disponível m: <<http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/const91.PDF>>. Acesso em: 10 jul. 2008.

FRANÇA, Constituição (1791). **Constituição Francesa, de 03 de setembro de 1791**. Disponível em: <<http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/const91.PDF>>. Acesso em: 16 mai. 2008.

FRANÇA, Constituição (1793). **Nova Constituição da França, de 1793**. Disponível em: <<http://18thcenturyreadingroom.wordpress.com/2007/09/04/item-of-the-day-the-new-constitution-of-france-1793>>. Acesso em: 10 jul. 2008.

FRIEDE, Reis. **O Estado como realidade político-jurídico**. In: *Revista da Procuradoria Geral do INSS*, v. 7, nº 1, publicação trimestral, p. 15-24. Brasília, MPAS/INSS, jul. 2000.

GARCIA, Emerson. **Dignidade da pessoa humana**: referenciais metodológicos e regime jurídico. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, nº 04, jul./dez., 2004.

_____. **Proteção internacional dos direitos humanos**: breves reflexões sobre os sistemas convencional e não-convencional. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

GAVAZZONI, Aluisio. **História do direito**: dos sumérios até a nossa era. 2. ed., atual. e aum. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

GENEVOIS, Margarida. **Direitos humanos na história**. In: *DHnet*, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/margarid.htm>>. Acesso em: 10 jul. 2008.

GODINHO, Fabiana de Oliveira. **A proteção internacional dos direitos humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GÓIS, Ancelmo César Lins de; BARROS, Ana Flávia Granja e. **Direito internacional e globalização face às questões de direitos humanos**. p. 57-71. In: RIBEIRO, Maria de Fátima; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (coords.). *Direitos internacionais dos direitos humanos*: estudos em homenagem à Professora Flávia Piovesan. 1. ed., 2004, 3ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2006.

GUERRA, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues. **Direito internacional dos direitos humanos**: nova mentalidade emergente pós-1945. Apresentação de Flávia Piovesan. 1ª ed, 2006, 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2007.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. São Paulo: Rideel, 1999.

GUSSI, Evandro Herrera Bertone. **Soberania e supranacionalidade**. p. 107-134. In: CASELLA, Paulo Borba; LIQUIDATO, Vera Lúcia Viegas. *Direito da integração*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006.

HAUSER, Denise. **La protección internacional de los derechos humanos y el derecho internacional del desarrollo**. p. 109-123. In: ANNONI, Danielle (coord.). *Os novos conceitos do novo direito internacional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

HERKENHOFF, João Baptista. **Curso de direitos humanos**: gênese dos direitos humanos. V. 1. São Paulo: Acadêmica, 1994. Livro Digitalizado. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/herkenhoff/livro1/dhmundo/index.html#1>>. Acesso em: 02 jul. 2008.

HISLEY, Francis Harry. **El concepto de soberanía**. Traducción de Fernando Morera y Angel Alandí. Barcelona: Editora Labor S. A. 1972.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Coleção “a obra-prima de cada autor”. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006.

HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: LTr, 1998.

IANNI, Octavio. **Teorias da globalização**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.

INGLATERRA, Constituição (1215). **Magna Carta, outorgada pelo rei João Sem Terra, em Runnymede, perto de Windsor, no ano de 1215.** Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/magna.htm>>. Acesso em: 10 jul. 2008.

ITÁLIA, Legislação. **Carta Del Lavoro, aprovada no Grande Conselho Fascista, de 21 de abril de 1927.** Disponível em: <<http://www.fetropar.org.br/Colunas/Edesio/Carta%20del%20Lavoro.asp>>. Acesso em: 12 jul. 2008.

JELLINEK, Georg. *La dichiarazione dei diritti dell' uomo e del cittadino*. Trad. de Damiano Nicilla. Milão: Giuffré editore, 2002.

JUBILUT, Liliana Lyra. **Os pactos internacionais de direitos humanos.** p. 25-39. In: ALMEIDA, Guilherme Assis de; PERRONE-MOISÉS, Cláudia (coords.). *Direito internacional dos direitos humanos: instrumentos básicos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

KANT, Emanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes.** Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70. 1986.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado.** Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Teoria pura do direito** (*reine rechtslehre*). Tradução de João Baptista Machado. 6. ed., fevereiro de 1998; 3. tir., setembro de 1999. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KLEFFENS, Eelco Nicolas van. **A soberania em direito internacional.** In: *Boletim da Faculdade de direito*, vol. XXXII, p. 11-159. Universidade de Coimbra: Coimbra Editora, 1957.

KRAMER, Samuel Noah. **The sumerians: their history, culture, and character.** Chicago: University of Chicago Press, 1971.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos:** a contribuição de Hannah Arendt. In: *Revista Estudos Avançados - Dossiê Direitos Humanos*, nº 30, v. 11. São Paulo. mai/ago. 1997. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40141997000200005&script=sci_arttext>. Acesso em: 04 set. 2008.

_____. **A reconstrução dos direitos humanos:** um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1998a.

_____. **A soberania e os direitos humanos.** In: *Revista de Cultura e Política "Lua Nova"*, nº 35, p. 137-148. São Paulo: CEDEC, 1995.

_____. **Apresentação.** In: BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Regina Lyra. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier/Campus, 2004.

_____. **Cultura, democracia e direitos humanos:** bases para um projeto inter-regional. In: *Revista Brasileira de Política Internacional*, ano 39, nº 2, p. 97-106. Rio de Janeiro/Brasília: Instituto Brasileiro de Relações Internacionais, 1996.

_____. **Direitos humanos e democracia no plano interno e internacional.** In: *Revista Política Externa*, vol. 3, nº 2, p. 68-76. São Paulo: USP, set. 1994.

_____. **Ordem, poder e consenso:** caminhos da constitucionalização do direito internacional. In: *As tendências atuais do direito público*. Estudos em homenagem ao Professor Afonso Arinos de Melo Franco. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

_____. **Os dilemas da soberania.** In: *Jornal da Tarde*, São Paulo, 22 de outubro de 1977.

_____. **Variações sobre direitos humanos.** In: *Jornal O Estado de São Paulo*, Caderno Espaço Aberto, ano 128, nº 41424, 18 de março de 2007.

LEAL, Rogério Gesta. **Direitos humanos no Brasil:** desafios à democracia. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; Santa Cruz do Sul; EDUNISC, 1997.

_____. **Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LEITE, Kátia Rúbia. **Direitos humanos:** evolução e tendências contemporâneas. In: *Revista Jurídica*, Curso de Direito da UniEvangélica. Anápolis, nº 10 de jul./dez. 2004.

LIMONGI, Maria Isabel. **Hobbes.** Coleção Filosofia Passo-a-Passo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.

LITRENTTO, Oliveiros. **A ordem internacional contemporânea:** um estudo da soberania em mudança. Porto Alegre: Serio Antonio Fabris Editor, 1991.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil:** ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Introdução de J.W. Gough. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis-RJ: Vozes, 1994 (coleção clássicos do pensamento político).

LUZ, Nelson. **O problema da soberania e o direito das gentes.** In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, v. 1, p. 170-177. Paraná: UFPR, 1953.

MAGALHÃES, Ruyrillo de. **Direito e segurança pública.** São Paulo: Átomo, 2000.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do estado.** 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe.** Edição eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Mores, <www.jahr.org>, [s.d.].

MARCHI, Cesare. **Grandes pecadores, grandes catedrais.** Tradução de Píer L. Cabra. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito internacional:** tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro: América Jurídica. 2001a.

_____. **Direitos humanos e cidadania:** uma nova concepção introduzida pela Constituição Federal de 1988. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*,

nºs 55/56, p. 220-287. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, jan./dez. 2001b.

_____. **Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos:** dois fundamentos irreconciliáveis. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, nº 52, ano 13, p. 327-338. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set., 2005.

MELLA, Federico A Arborio. **Dos sumérios a Babel - Mesopotâmia:** História, Civilização e Cultura. Tradução de Norberto de Paula Lima. São Paulo: Hemus, 2000.

MELO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público.** 13 ed., v. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MENEZES, Anderson de. **Teoria geral do estado.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MÉXICO, Constituição (1917). ***Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, promulgada em 31 de janeiro de 1917.*** Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/mexico/const1917.htm>>. Acesso em: 10 jun. 2008.

MIGUEL, Alexandre. **A Constituição brasileira e os tratados internacionais de direitos humanos.** In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 14, nº 55, abr./jun. de 2006, p. 286-326. Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional - IBDC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

_____. **Manual de direito constitucional:** estrutura constitucional do Estado. 5. ed., tomo III. Lisboa: Coimbra Editora, 2004.

MIRANDA, Napoleão. **Globalização, soberania nacional e direito internacional.** In: *Revista CEJ - Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal* -, Brasília, nº 27, p. 86-94, out./dez. 2004.

MONSSERRAT FILHO, José. **O que é direito internacional.** São Paulo: Brasiliense, 1986.

MONTESQUIEU, Charles de. **O espírito das leis.** Título original: *L'esprit des lois*. In: *Versão Digital publicada pela Revista Científica ICTEBA, Bahia*, 05 jun. 2001. Disponível em: <http://www.icteba.org.br/trabalhos/MONTESQUIEU_-_O_Espirito_das_Leis_-_fcknwrath.k6.com.br.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito ao silêncio e Comissões Parlamentares de Inquérito.** In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, nº 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2427>>. Acesso em: 11 jul. 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais:** teoria geral (comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil - doutrina e jurisprudência. Coleção Temas Jurídicos, v. 3, 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MOREIRA, José Francisco (org.); *et alli*. **Dicionário môr da língua portuguesa**. V. 2. São Paulo: Livro'mor Editora, 1967.

NÓBREGA, Francisco Adalberto. **A natureza da soberania em tempos de MERCOSUL**. In: *Revista da Procuradoria Geral do INSS*, v. 7, nº 1, publicação trimestral, p. 81-3. Brasília, MPAS/INSS, jul. 2000.

NOTÍCIAS NOMINUTO. **Papa diz à ONU que países devem intervir por direitos humanos**. In: *BBC Brasil*, de 18 de abril de 2008. Disponível em: <http://www.nominuto.com/mundo/papa_diz_a_onu_que_paises_devem_intervir_por_direitos_humanos/18640/>. Acesso em: 29 abr. 2008.

NUNES JUNIOR, Venilto Paulo. **O conceito de soberania no século XXI**. p. 144-166. In: *Revista de Direito*, nº 42. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar., 2003.

NUNES, João Arriscado. **Apresentação: um novo cosmopolitismo? Reconfigurando os direitos humanos**. p. 15-32. In: BALDI, César Augusto (org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2004.

OHCHR, *Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights*. **Status of Ratifications of the Principal International Human Rights Treaties, as of 14 July 2006**. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/docs/status.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2008.

OLIVEIRA, Adriane Stoll de. **A codificação do direito**. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, nº 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3549>>. Acesso em: 08 jul. 2008.

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Lisboa: Almedina, 2003.

PAUPERIO, A. Machado. **O conceito polêmico de soberania**. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

PEREIRA, Antônio Celso Alves. **A soberania no Estado pós-moderno**. In: *Revista de Ciências Jurídicas*, Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, ano I, nº 1, p. 23-61, jan./dez. 2002.

PINHEIRO, Tertuliano C. **Fundamentos e fontes dos direitos humanos**. Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte, apostila nº 1. Natal, 26 de setembro de 2001. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/tertuliano/apostila01.html>>. Acesso em: 07 jul. 2008.

PINILLA, Ignacio Ara. **Las transformaciones de los derechos humanos**. Madrid: Tecnos, 1994.

PIOVESAN, Flávia. **Cidadania global é possível?** p. 259-268. In PINSKY, Jaime (org.). **Práticas de cidadania**. São Paulo: Contexto, 2004.

_____. **Direitos humanos e justiça internacional**. 1. ed., 2ª tiragem. Prefácio de Celso Lafer. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Direitos humanos globais, justiça internacional e o Brasil**. p. 239-254. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; PERRONE-MOISÉS, Cláudia (orgs.). *O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999a (Biblioteca Edusp de Direito; 6).

_____. **Os cinquenta anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos**. In: *Revista Judice* - Revista Jurídica de Mato Grosso. 2. ed. Justiça Federal: Seção Judiciária do Estado do Mato Grosso, jan./abr. 1999b. Disponível em: <<http://www.mt.trf1.gov.br/judice/jud2/duh50.htm>>. Acesso em: 02 set. 2008.

_____. **Proteção internacional dos direitos humanos: desafios e perspectivas**. In: *Revista de Direito Internacional e Econômico*, ano 1, nº 2, p. 85-99. Publicação Oficial do Instituto Nacional do Contencioso Econômico - INCE/Síntese, jan./fev./mar. 2003a.

_____. **Temas de direitos humanos**. 2 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2003b.

PUREZA, José Manuel. **Direito internacional e comunidade de pessoas: da indiferença aos direitos humanos**. p. 73-100. In: BALDI, César Augusto (org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2004.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Prefácio de Fávio Konder Comparato. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

RECHSTEINER, Walter Beat. **Direito internacional privado: teoria e prática**. São Paulo: Saraiva, 1998.

ROSSI, Maria Fernanda Figueira. **A evolução dos direitos humanos e seu alcance internacional**. p. 343-348. In: RIBEIRO, Maria de Fátima; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (coords.). *Direitos internacionais dos direitos humanos: estudos em homenagem à Professora Flávia Piovesan*. 1. ed., 2004, 3ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2006.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Rolando Roque da Silva. Edição eletrônica: Editor Ridendo Castigat Mores. Versão para eBook, março de 2002. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org>>. Acesso em: 20 mai. 2008.

SÁ, Luís. **A crise das fronteiras**. Lisboa: Edições Cosmos, 1997.

SABOIA, Gilberto Vergne. **O Brasil e o sistema internacional de proteção dos direitos humanos**, p. 219-238. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; PERRONE-MOISÉS, Cláudia (orgs.). *O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999 (Biblioteca Edusp de Direito; 6).

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1989.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

SERRANO, Pablo Giménez. **Para uma melhor compreensão dos direitos humanos**. In: *Revista Direito & Paz*, ano 7, nº 12, p. 101-120. São Paulo: Centro Universitário Salesiano de São Paulo, 2005.

SILVA, Fábio Luis dos Santos. **O que são direitos humanos?** In: *Secretaria de Assuntos Jurídicos de Recife*, [s.d]. Disponível em: <http://www.recife.pe.gov.br/pr/secjuridicos/ddh.php>. Acesso em: 29 abr. 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SODER, José. **Direitos do homem**. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1960.

TAIAR, Rogério. **A dignidade da pessoa humana e o direito penal**: a tutela penal dos direitos fundamentais. São Paulo: SRS Editora, 2008.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997)**: as primeiras cinco décadas. 2. ed. BRASÍLIA, Editora Universidade de Brasília, 2000.

_____. **O Brasil e o direito internacional dos direitos humanos**: as duas últimas décadas (1985-2005). p. 219-250. In: OLIVEIRA, Henrique Altemani de; LESSA, Antônio Carlos (orgs.). *Relações internacionais do Brasil*: temas e agendas. V. 2. São Paulo: Saraiva, 2008.

WEFFORT, Francisco C. (org.). **Os clássicos da política**: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, “o federalista”. 13. ed., 9ª impressão, v. 1. Série Fundamentos, nº 62. São Paulo: Ática, 2003.

WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos**. 1ª ed., 1999, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006.

WOZLEY, Anthony Douglas. **John Locke**: ensaio acerca do entendimento humano. Tradução de Anuar Aiex. São Paulo: Nova Cultural, 1999.