UNIVERSIDADE ESTADUAL DE PONTA GROSSA

SÍLVIA MARIA DERBLI SCHAFRANSKI

ESTADO E SOBERANIA:
A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E OS REFLEXOS NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004

PONTA GROSSA
2009

SÍLVIA MARIA DERBLI SCHAFRANSKI

ESTADO E SOBERANIA:
A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E OS REFLEXOS NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título de Mestre na Universidade Estadual de Ponta Grossa. Mestrado em Ciências Sociais Aplicadas. Área: Sociedade, Direito e Cidadania. Linha de Pesquisa: Estado, Direito e Políticas Públicas.

Orientadora: Profª Dra. Lúcia Cortes da Costa

PONTA GROSSA
2009

Ficha catalográfica elaborada pelo Setor de Processos Técnicos BICEN/UEPG

S296e

Schafranski, Silvia Maria Derbli

Estado e Soberania : a internacionalização dos direitos humanos e os reflexos na ordem jurídica brasileira após a Emenda Constitucional 45/2004. / Silvia Maria Derbli Schafranski. Ponta Grossa, 2009.

140f.

Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais Aplicadas – Área de Concentração : Sociedade, Direito e Cidadania), Universidade Estadual de Ponta Grossa.

Orientadora: Prof. Dra. Lucia Cortes da Costa

1. Estado. 2.Soberania. 3. Direitos Humanos. 4.Emenda Constitucional 45/2004. I. Costa, Lucia Cortes da. II.T.

CDD: 341.27

SÍLVIA MARIA DERBLI SCHAFRANSKI

ESTADO E SOBERANIA:
A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E OS REFLEXOS NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título de Mestre na Universidade Estadual de Ponta Grossa. Mestrado em Ciências Sociais Aplicadas. Área: Sociedade, Direito e Cidadania. Linha de pesquisa: Estado, Direitos e Políticas Públicas.

Ponta Grossa, 20 de fevereiro de 2009.

Dra. Lucia Cortes da Costa - Presidente
Universidade Estadual de Ponta Grossa

Dr. Paulo César Busato
Universidade Estadual de Ponta Grossa

Dr. Flori Antonio Tasca
Faculdade de Pato Branco

“Ao Deus Pai, ao Filho e ao Espírito Santo, porque todo homem precisa crer que sua vida tem um sentido e um valor maior.”

“Ao meu sobrinho Marcelo Emanuel Schafranski, pela alegria e esperança que nos empresta .”

AGRADECIMENTOS

À Professora Lúcia Cortes da Costa, orientadora dedicada e compreensiva, que soube tornar-se uma amiga, que aceitou minhas dúvidas e me estimulou a empreender esta caminhada.

Aos meus pais Jonas e Márcia Schafranski, verdadeiros tesouros da minha vida, pelo constante apoio, amor e compreensão.

Ao meu noivo Antonio Carlos Prestes Pereira, pela paciência, carinho e por todo amor demonstrado no decorrer dessa trajetória.

Aos meus irmãos Marcelo e Murilo Schafranski, e à minha cunhada Ana Paula Schafranski, por alegrarem o meu viver.

A todos os Professores do Curso de Mestrado, que me deram a honra de conhecê-los, pela construção do conhecimento no decorrer desta trajetória, especialmente ao Professor Doutor Paulo César Busato e Professora Doutora Dircéia Moreira, que, por ocasião de minha qualificação, prestaram valioso auxílio científico a este trabalho.

À Universidade Estadual de Ponta Grossa, por novamente ter me acolhido na busca desse sonho.

A todos os colegas do Curso de Mestrado com quem trocamos experiências e, em especial, aos amigos Luis Fernando Sgarbossa, Geziela Iensue e Kassima Karinna Almeida Rocha, pelo vasto apoio e colaboração emprestado ao meu trabalho.

RESUMO

Este trabalho apresenta uma reflexão sobre as relações estabelecidas entre o Estado concebido como poder soberano e as questões referentes ao processo de internacionalização dos Direitos Humanos e o ordenamento jurídico brasileiro, partindo da concepção de soberania decorrente das teorias jusnaturalistas. Buscou-se analisar quais relações se colocam entre a universalidade dos direitos humanos e o poder soberano do Estado nacional; até que ponto a universalidade dos direitos humanos pode forjar o surgimento de um novo conceito de soberania que transcenda os limites da ordem estatal nacional; se é possível conceber um novo conceito de soberania para o Estado nacional e qual o papel dos direitos humanos nesse processo. Procuramos identificar elementos que indiquem alterações no conceito de soberania do Estado, essencialmente no que tange à incorporação, pelo ordenamento jurídico brasileiro, das determinações oriundas das normas referentes aos direitos humanos retratadas pelo constitucionalismo contemporâneo, através da edição da emenda constitucional 45/2004.

Palavras-chave: Estado. Soberania. Direitos Humanos. Emenda Constitucional 45/2004.

ABSTRACT

This work presents a reflection about the relations settled between the State, conceived as a sovereign power, and the matters addressing the process of internationalization of the Human Rights, and the Brazilian Law arrangement, beginning with the conception of sovereignty elapsing from the jurisnaturalists theories. We searched to analyze which particular questions are placed between the universality of the Human Rights and the overrule power of the National State, and until what point the universality of the Human Rights can outline the commencement of a new concept of sovereignty that goes beyond the National State order. If it is possible to picture a new concept of sovereignty to the National State and which is the role of the Human Rights in this process. We sought to identify elements that point to changes on the conception of State sovereignty, essentially with respect to the assimilation by the Brazilian Law arrangement of the determinations originated from the norms regarding the Human Rights featured by the contemporary constitutionalism, through the constitutional emend 45/2004.

Key words: State. Sovereignty. Human rights. Constitutional emend 45/2004.

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES INICIAIS..... **09**

CAPÍTULO 1 – ESTADO E SOBERANIA..... **19**

1.1 O ESTADO MODERNO COMO PODER SOBERANO..... **19**
1.2 A LIMITAÇÃO DA SOBERANIA PELA SUBORDINAÇÃO DO ESTADO À LEI – ESTADO DE DIREITO..... **32**
1.3 A TRANSFORMAÇÃO DO ESTADO ENQUANTO PODER SOBERANO E A CRIAÇÃO DE ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS..... **42**

CAPÍTULO 2 – A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS..... **52**

2.1 DIREITOS HUMANOS E O PROCESSO NORMATIVO NO PÓS-SEGUNDA GUERRA MUNDIAL..... **52**
2.2 A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A POSSIBILIDADE DE UM NOVO CONTRATUALISMO..... **62**
2.3 A LIMITAÇÃO DA SOBERANIA PELA DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS..... **71**

CAPÍTULO 3 – O PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E OS REFLEXOS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO..... **81**

3.1 O ESTADO BRASILEIRO E O SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS..... **81**
3.2 HIERARQUIA DAS NORMAS DE TRATADOS E CONVENÇÕES DE DIREITOS HUMANOS APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004..... **95**
3.3 A SOBERANIA DO ESTADO BRASILEIRO E A JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL..... **112**

CONSIDERAÇÕES FINAIS..... **125**

REFERÊNCIAS **135**

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A preocupação com os direitos humanos tornou-se evidente no século XX, após as duas grandes guerras mundiais, refletindo a busca pela convivência pacífica entre os diferentes Estados nacionais e pela realização de pactos democráticos centrados na defesa da dignidade da pessoa humana.

Embora a discussão sobre os direitos humanos tenha ganhado evidência com as guerras, há muito tempo surgiu a idéia de que todos os seres humanos fazem parte de uma mesma humanidade.

A visão do homem trazida pelo Cristianismo contribuiu sensivelmente para o desenvolvimento da noção de direitos humanos, apresentando o homem como criado "à imagem e semelhança de Deus", fundamentando sua doutrina em dois valores básicos: a dignidade da pessoa humana e a fraternidade universal.

O debate acadêmico aponta para o reconhecimento de que as primeiras fontes de inspiração para esta categoria de direitos abeberaram no cristianismo e no jusnaturalismo, com a afirmação de que o indivíduo possui direitos que são anteriores e estão acima do Estado.[1]

Podemos afirmar que os marcos normativos concernentes aos Direitos Humanos surgiram inicialmente em 1215, com a Magna Carta Inglesa do Rei João Sem Terra[2], depois a Declaração de Virgínia em 1776 nos Estados Unidos[3], e a

---

1 A doutrina francesa indica o pensamento cristão e a concepção dos direitos naturais como as principais fontes de inspiração das declarações de direitos. Fundada na insuficiente e restrita concepção das liberdades públicas, não atina com a necessidade de envolver nessa problemática também os direitos econômicos, sociais e culturais, aos quais se chama brevemente direitos sociais. In: SILVA. José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 171.

2 Segundo Comparato, é no contexto da evolução histórica que deve ser apreciada a importância da Magna Carta: "Seu objetivo era assegurar a paz, e ela provocou a guerra. Visava consolidar em lei o direito costumeiro, e acabou suscitando o dissenso social. Tinha uma vigência

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França, em 1789, sendo que em relação a estas duas últimas, a relevância se amplia por serem considerados "direitos inerentes ao indivíduo em qualquer parte do mundo".

A noção de direitos humanos acompanha o desenvolvimento histórico das civilizações, e a universalidade desses direitos foi reconhecida primeiramente pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão durante o processo da Revolução Francesa, marco da civilização moderna e do surgimento do Estado civil na Europa.

O movimento que prevaleceu na Europa no século XVIII, que Rouanet[4] denomina Ilustração, revela o caráter universalista da noção de direitos humanos, bem como o surgimento do individuo como sujeito de direitos.

Rouanet[5] salienta que a idéia de que todos os homens eram iguais, independentemente de fronteiras ou culturas, estava longe de ser uma abstração retórica na luta política travada contra o velho regime feudal. No entanto, esse

---

predeterminada para apenas três meses, e mesmo dentro deste período limitado de tempo muitas de suas disposições não chegaram a ser executadas. No entanto, a Magna Carta foi reafirmada solenemente em 1216, 1217e 1225, tornando-se a partir desta última data, direito permanente. Três de suas disposições – as de números 1, 9 (13 na versão de 1225) e 29 (39 e 40 na versão de 1225) – ainda fazem parte da legislação inglesa em vigor." COMPARATO. Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 74 -75.

3 Para Comparato, a importância histórica da Declaração de Independência reside no fato de ser este o primeiro documento político que reconhece, a par da legitimidade da soberania popular, a existência de direitos inerentes a todo ser humano, independente das diferenças de sexo, raça, religião, cultura ou posição social. Ibid., p. 101.

4 ROUANET, Sérgio Paulo. **Iluminismo ou Barbárie. Mal-Estar na Modernidade.** São Paulo: Companhia de Letras, 1993, p. 14-15. Em suas obras, ressalta a importância do Iluminismo, que ele distingue da Ilustração. Para ele, esta é a forma histórica e limitada que prevaleceu no século XVIII, tendo o mérito de estabelecer princípios de direito e de saber, mas não desenvolvendo todas as suas potencialidades, em decorrência da desigualdade reinante. O Iluminismo, segundo ele, é um ideal que continuou a desenvolver-se e permanece vivo, sendo capaz de vencer os preconceitos, a opressão e a injustiça. Rouanet é um crítico do relativismo cultural, pois entende que há valores universais, mas que nem por isso podem ser categorizados como imposição do eurocentrismo ao resto do mundo:
"O Iluminismo transcende as fronteiras nacionais e, nesse sentido, assume sem complexos a herança cosmopolita da ilustração, condenando todos os nacionalismos como provincianos e potencialmente geradores de guerra". Ibid., p. 34.
"O Iluminismo considera o aparecimento do indivíduo uma ocorrência epocal na história da modernidade. É um dos aspectos mais libertadores da modernidade. Ela permite pela primeira vez na história pensar o homem como ser independente de sua comunidade, de sua cultura, de sua religião". Ibid.,p. 35.

5 Ibid., p. 35.

universalismo não foi suficientemente atento a diferenças reais entre os homens na sociedade moderna, em virtude do que adveio um conceito abstrato de homem, em geral contraposto ao homem pensado em sua condição histórica e social.

Contudo, enfatiza o mesmo autor que a dimensão subversiva da Ilustração reside justamente na concepção abstrata do homem, "[...] sem a qual não se teria transitado da visão nacional conservadora de Burke (*"the rigths of Englishman"*) para a visão revolucionária dos direitos do homem."[6]

Na modernidade, ingressa-se na fase dos Direitos Humanos positivados pelo ordenamento jurídico, trazendo a obrigação de o Estado respeitar estes direitos e os garantir.

Conforme a teoria jusnaturalista, o Estado é concebido como o poder soberano que deriva da vontade do povo que o constitui e se estabelece num determinado território, considerado como espaço da nação, o que levou ao surgimento de uma fórmula política definida pelo Estado nacional. Assim, considerando a forma de organização política da sociedade moderna, nossa pesquisa buscou analisar quais relações se colocam entre a universalidade dos direitos humanos e o poder soberano do Estado nacional. Indagamos até que ponto a universalidade dos direitos humanos pode forjar o surgimento de um novo conceito de soberania que transcenda os limites da ordem estatal nacional. Se é possível conceber um novo conceito de soberania para o Estado nacional, qual o papel dos direitos humanos nesse processo?

Buscamos identificar elementos que indiquem alterações no conceito de soberania do Estado, centrando nossa atenção na incorporação pelo ordenamento jurídico brasileiro das determinações dadas pelas normas referentes aos direitos

---

[6] ROUANET, Sérgio Paulo. **Iluminismo ou Barbárie. Mal-Estar na Modernidade**, 1993, p. 15.

humanos. Assim, o foco da pesquisa se estabelece na discussão sobre a soberania estatal no contexto de internacionalização dos direitos humanos.[7]

Considerando a história humana, é sempre em tempos de conflitos que se dá grande destaque ao tema dos direitos humanos. Fala-se muito de paz quando se está fazendo a guerra, defende-se direitos humanos quando há evidências do desrespeito à dignidade da pessoa humana. O século XXI ainda é um tempo de guerras e desrespeito aos direitos humanos. A civilização ocidental, herdeira da ilustração, ainda não cumpriu com todas as promessas do iluminsmo. Cabe refletir, nesse contexto, quais as possibilidades de avanços no respeito aos direitos humanos e como limitar o poder dos Estados quando esse poder se torna uma ameaça para a dignidade da pessoa humana.

Assim, buscamos refletir sobre as possibilidades do desenvolvimento de uma consciência mundial em favor dos direitos humanos. Essa é uma questão bastante complexa e envolve, inevitavelmente, a discussão sobre os limites da soberania do Estado nacional. Diante disso é que, primeiramente, procuramos analisar a organização política da sociedade moderna, definida a partir dos Estados Nacionais, e esse poder chamado Soberania.

No século XX, a noção tradicional de soberania, como poder absoluto do Estado, passou por transformações a partir do desenvolvimento do sistema internacional de proteção aos direitos humanos. Essas transformações decorreram da criação dos organismos supranacionais, após os horrores e as atrocidades cometidos durante as Guerras Mundiais.

Considerando o foco de nossa pesquisa, definimos como recorte histórico para análise o período relativo ao pós-Segunda Guerra, os efeitos desencadeados

---

[7] Sobre a evolução desses direitos, vide COMPARATO, Fábio Konder**. A afirmação histórica dos Direitos Humanos**, 2001.

a partir do processo de universalização dos direitos humanos consagrados por diversos tratados internacionais e a consequente integração ao direito interno dos Estados nacionais.

A partir da segunda metade do século XX, a maior parte dos Estados passou a aderir aos instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, tanto em âmbito global como em âmbito regional e, da mesma forma, passam a incorporar em suas Constituições preceitos e normas contemplados nesta seara.

Com efeito, ao passo em que os direitos humanos passaram a possuir caráter universal, ou seja, inerentes a todas as pessoas, aparecem consequências. A partir de então, passa-se a questionar se os direitos humanos têm o condão de limitar a soberania estatal. Esta é a principal questão sobre a qual procuramos refletir nesse trabalho.

A polêmica sobre os limites da soberania estatal ocorre justamente quando há colisão entre o direito internacional e o direito nacional, entre os "direitos universais" e a soberania dos Estados – nacionais.

É certo que essas transformações atingem o Estado Brasileiro, e que a inserção do mesmo dentro desse sistema internacional de proteção aos direitos humanos, quando comparada a outros Estados, deu-se de forma tardia. Contudo, o Estado Brasileiro também passa a sofrer os efeitos do processo de internacionalização dos direitos humanos, com especial destaque na análise sobre a Emenda Constitucional 45/2004.

Assim, o objetivo geral da pesquisa foi analisar as possibilidades de um novo conceito de soberania a partir da inserção do Estado nacional num sistema de normas internacionais, centrada na proclamação e defesa dos direitos humanos. E como objetivos específicos buscamos:

1) Analisar as relações que foram se estabelecendo na construção da Soberania como poder do Estado nacional;

2) Identificar o desenvolvimento histórico do processo normativo de defesa dos direitos humanos;

3) Refletir sobre as possibilidades de um novo contratualismo que se estabeleça a partir da defesa dos direitos humanos;

4) Analisar a inserção do Estado brasileiro no sistema de normas internacionais referentes aos direitos humanos;

5) Identificar alterações no ordenamento jurídico nacional decorrente da inserção do Estado brasileiro no sistema internacional dos direitos humanos;

A pesquisa se articula num raciocínio lógico - dedutivo, parte dos fatores históricos gerais da sociedade moderna no pós segunda guerra mundial para identificar as implicações da internacionalização dos direitos humanos no Estado brasileiro. A pesquisa teórica buscou analisar as transformações do Estado enquanto poder soberano e as repercussões oriundas do processo de internacionalização dos direitos humanos.

O processo de internacionalização dos Direitos Humanos e os reflexos no que concerne a soberania do Estado Brasileiro só podem ser devidamente analisados quando referidos ao contexto histórico em que se inserem.

No processo de análise teórica tomamos a totalidade como categoria básica, que no dizer de Kosik[8] significa "[...] realidade como um todo estruturado dialético, no qual ou do qual, um fato (classes de fatos, conjunto de fatos), pode vir a ser racionalmente compreendido".

[8] KOSIK, Karel. **Dialética do Concreto**. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976, p. 35.

A natureza desta investigação é teórica, com base em dados bibliográficos e documentais, e busca uma análise sócio-jurídica, em que procuramos refletir sobre o sentido jurídico e sociológico constante nas Declarações de Direitos, nos textos constitucionais e na própria concepção de soberania estatal.

Além dos dados bibliográficos e documentais, realizamos a pesquisa por meio de sites oficiais na internet, com o cuidado de atestar a origem e a confiabilidade das informações, identificando a qualificação de autoria e página pesquisada.

A análise se fez por meio do estabelecimento dos marcos temporais, com a identificação de eventos mais significativos e principais documentos relacionados ao nosso objeto em estudo. Importa salientar ainda que este trabalho se constitui como uma pesquisa qualitativa, por desenvolver uma análise que considera as diferentes interpretações dos fatos históricos, bem como que os fatos atuais só fazem sentido dentro de um contexto histórico específico.[9]

Organizamos o presente trabalho em 3 capítulos, a saber.

No primeiro capítulo, abordamos a temática referente à formação do Estado como poder soberano por meio de análise das relações entre Estado, Soberania e Direito. Nesse capítulo, apresentamos a pesquisa teórica sobre a temática do Estado e soberania, partindo das correntes jusnaturalistas que objetivaram explicar a origem e a legitimidade do Poder do Estado.

Deste modo, no primeiro capítulo, nos propusemos a analisar as relações entre Soberania enquanto poder, com o surgimento do Estado de Direito, bem como as alterações que ocorreram na concepção de soberania através da criação de organizações internacionais.

---

[9] RICHARDSON, Roberto Jarry. **Pesquisa Social**: Métodos e Técnicas. São Paulo: Atlas, 1999. A pesquisa documental é constituída pelo estudo de materiais que podem ser re-examinados com vista a uma interpretação nova ou complementar.

Para tanto, partimos do conceito original de soberania formulado por Jean Bodin, perpassando pelas teorias sobre a origem do Estado de Hobbes, Locke e Rousseau. É com Hegel que a relação entre os conceitos de Estado Moderno e soberania atinge grande importância no tocante à crítica ao contratualismo, e que concebe o Estado moderno como a totalidade ética absoluta.

Depois, abordamos as transformações no conceito de soberania a partir do século XX, com o reconhecimento da autonomia do Estado no cenário internacional, e suas consequências políticas e sociais.

No segundo capítulo, passamos a abordar o processo normativo de Internacionalização dos Direitos Humanos e a crise da soberania nacional, considerando que os direitos humanos tiveram sua universalidade de valores reconhecida no plano internacional após os horrorres e atrocidades da 2ª Guerra Mundial. Podemos afirmar que, até o inicio do século XX, as declarações de direitos humanos eram documentos que tinham base em teorias filosóficas do iluminismo, sem porém estabelecer um sistema de garantias. Nesse sentido, quando decorriam de manifestações do legislador, ao positivá-los, somente produziam efeitos jurídicos no âmbito restrito do Estado que as acolhia.

Procuramos refletir sobre a possibilidade de limitação da soberania em virtude da defesa dos direitos humanos, analisando a emergência das declarações acerca dos direitos humanos e sua relação com processos de construção de um sistema de normas internacionais, tanto no que tange ao sistema universal, após o surgimento da ONU, como também em âmbito regional.

Nesse capítulo, analisamos a ruptura que veio a se caracterizar pela mudança do padrão de normalidade do sistema interestatal, até então vigente,

para o chamado cosmopolitismo[10], que apregoa que uma nova ordem político-jurídica substituiria a obsoleta ordem pluralista do sistema de Estados nacionais. Assim, passamos a refletir sobre a possibilidade de um novo contratualismo, ao mesmo tempo em que os reflexos desse processo podem ser vislumbrados no constitucionalismo contemporâneo.

Diante disso, no terceiro capítulo abordamos a inserção do Estado Brasileiro e o Sistema Internacional de Proteção aos Direitos Humanos e suas implicações no que tange à soberania nacional.

A inserção do Estado Brasileiro nos sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos está amplamente ligada à ruptura da ditadura militar e ao processo de democratização, iniciado em 1985, de sorte que, durante esse processo, o país passou a aderir a importantes tratados.

No terceiro capítulo, objetivamos analisar a inserção do Estado brasileiro no sistema de normas internacionais referentes aos direitos humanos e procuramos identificar alterações no ordenamento jurídico nacional decorrentes desta inserção.

Buscamos dar ênfase a duas importantes questões: a inserção das normas relativas aos Direitos Humanos no ordenamento jurídico interno através da nova tratativa constitucional, e a criação do Tribunal Penal Internacional e suas implicações na sobrania do Estado brasileiro.

---

[10] Pensamento filosófico que despreza as fronteiras geográficas impostas pela sociedade, considerando que a humanidade segue as leis do Universo (cosmos), isto é, considera os homens como formadores de uma única nação. A possível união de todas as nações com vistas a certas leis universais, para o possível comércio entre elas, denomina direito cosmopolita. A partir de Kant, surge uma nova dimensão: o direito cosmopolita, que considera cada indivíduo não membro de seu Estado, mas do direito das gentes. Nesse sentido, vide: CRUZ, Fabrício Bittencourt da. Direito cosmopolita: uma proposta ao mundo globalizado. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Direitos Humanos**. v. I. Curitiba: Juruá, 2006, p. 111.

Diante do exposto, devemos contextualizar também a questão, considerando a existência de um paradoxo, pois de nada adianta admitirmos a proliferação de direitos que não conseguem se realizar e que acabam por cair no vazio:

> O paradoxo da contemporaneidade é o paradoxo de uma sociedade obsessivamente preocupada em definir e proclamar uma lista crescente de direitos humanos, e impotente para fazer descer do plano de um formalismo abstrato e inoperante esses direitos e leva-los a uma efetivação concreta nas instituições e nas práticas sociais.[11]

Importante ainda salientar que, neste trabalho, optamos prioritariamente por um método histórico-dedutivo de estudo, partindo do pressuposto de que a realidade é dialética (dinâmica e trabalha com contradições).

Neste sentido, a definição de direitos humanos aponta para uma diversidade de significados e, no dizer de Herrera Flores[12], esses direitos compõem a nossa racionalidade de resistência ao passo em que traduzem processos que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana, refletindo a plataforma emancipatória de nosso tempo, pautada pela gramática da inclusão.

---

[11] VAZ, Henrique Cláudio de Lima. In: TOSI, Giuseppe. **Direitos Humanos, Direitos Humanizantes.** Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/tosi/artigo1.htm>. Acesso em: 14/09/2007.

[12] FLORES. Joaquim Herrera. Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Direitos Humanos,** 2006, p. 16. O autor considera como válido, para todas as culturas, "[...] garantizar a todos la posibilidad de luchar por la dignidad humana". Segundo o autor, a maior violação de direitos consiste em impedir que algum indivíduo, grupo ou cultura possa lutar por seus objetivos éticos mais gerais. In: PRONER. Carol. **Os Direitos Humanos e seus Paradoxos**: Análise do Sistema Americano de Proteção. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 24-25.

CAPÍTULO 1

ESTADO E SOBERANIA

1.1 O ESTADO MODERNO COMO PODER SOBERANO

A evolução experimentada pelo direito internacional nas últimas décadas do século XX trouxe à tona discussões sobre os princípios clássicos e as novas tendências concernentes às estruturas estatais de poder, diante do aparecimento "de novos atores"[13] no cenário internacional.

A partir da segunda guerra mundial, os Estados nacionais passaram a conviver com um conjunto de organismos internacionais que estão redefinindo o conceito de soberania, construído anteriormente como poder ilimitado na ordem internacional.

O processo de redefinição da soberania não pode ser devidamente analisado como parte dissociada de um todo. A limitação da soberania na esfera externa está relacionada ao desenvolvimento de um sistema de relações internacionais.

Para compreender o processo de transformação na soberania, é preciso resgatar o debate dos teóricos clássicos sobre o Estado Moderno. Partindo da discussão de Hobbes, Locke e Rousseau, busca-se fazer a interlocução com autores contemporâneos, os quais analisam o conceito e as transformações na soberania.

---

[13] Organizações e comunidades internacionais, exemplo: Organização das Nações Unidas, Organização dos Estados Americanos, Comunidade Européia, etc.

Assim, em um primeiro momento, a necessária contextualização do tema proposto perpassa pela análise das relações que foram se estabelecendo na construção da soberania como poder do Estado, para as transformações ocorridas no conceito de soberania. “Falar da soberania e de seus eventos históricos e teóricos quer dizer, portanto, falar dos acontecimentos daquela formação político-jurídica particular que é o Estado nacional moderno”.[14]

É certo, portanto, que o “poder soberano” sofreu transformações, pelo que se faz necessário, antes de mais nada, o re-exame do seu significado enquanto elemento clássico de formação do Estado:

> O Estado, entendido como a forma suprema de organização de uma comunidade humana, traz consigo, já a partir das suas próprias origens, a tendência a colocar-se como poder absoluto, isto é, como poder que não conhece outros limites, uma vez que não reconhece acima de si mesmo nenhum outro poder superior. Este poder do Estado foi chamado de soberania, e a definição tradicional de soberania, que se adequa perfeitamente à supremacia do Estado sobre todos os outros ordenamentos da vida social, é a seguinte: potestas superiorem nom recognoscens. Portanto, o Estado absoluto coloca-se como a encarnação mais perfeita da soberania entendida como poder que não reconhece ninguém superior.[15]

A noção de soberania como poder absoluto, que não reconhece nenhum outro acima de si, nos remonta ao nascimento dos grandes Estados nacionais europeus.

O filósofo Jean Bodin, em sua obra intitulada *Os seis livros da República,* definiu a soberania como poder absoluto e perpétuo de uma República, de sorte que a teoria da soberania absoluta do rei lança suas raízes nas monarquias fundadas no direito divino dos reis.[16]

---

[14] FERRAJOLI. Luigi**. A Soberania no Mundo Moderno**. São Paulo: Martins Fontes. 2002. p. 2.
[15] BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. 4. ed., Brasília: Editora UnB, 1997, p. 11.
[16] BODIN, Jean. **Os seis livros da República**. Madrid: Aguilar, 1973.

Segundo Maluf, a teoria da soberania absoluta do rei começou a ser sistematizada na França no século XVI, consolidando-se nas monarquias absolutistas e alcançando a sua culminância na doutrina italiana de Maquiavel. Os monarcas da França levaram o absolutismo às últimas consequências, identificando na pessoa sagrada do rei o próprio Estado, a soberania e a lei, e no entendimento do autor:

> [...] o próprio Jean Bodin, teórico eminente do absolutismo monárquico, como observou Touchard, não se livrou de contradições, quando admitia a limitação do poder de soberania pelos princípios inelutáveis do direito natural.[17]

Assim, no século XVI, os monarcas eram tidos como representantes de Deus e na sua pessoa concentravam-se todos os poderes. O poder de soberania era o poder do rei; a pessoa sagrada do rei simbolizava o próprio Estado, a soberania e a lei.

Reformulando a teoria do direito divino, surge a teoria da soberania popular, que, segundo Maluf[18], teve como precursores Altuzio, Marsilio de Pádua, Francisco de Vitoria, Soto, Molina, Mariana, Suarez e outros teólogos e canonistas da chamada Escola Espanhola, os quais criaram a doutrina, segundo a qual o poder público vem de Deus, sendo que os reis recebem o poder por uma determinação providencial da onipotência divina. O poder civil corresponde com a vontade de Deus, mas promana da vontade popular.

Dentre estes teólogos, há que se destacar o pensamento de Francisco de Vitoria[19], que lança as bases do direito internacional moderno na época da

---

[17] MALUF. Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 31-32.

[18] Ibid., p. 32.

[19] Neste sentido, vide FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno,** 2002. p.12. O autor destaca a relevância de VITÓRIA para a fundação do direito internacional e coloca que, a partir do pensamento de VITÓRIA, funda-se uma nova doutrina de legitimação da guerra justa, como

colonização e, em um primeiro momento, por meio de uma critica severa “ao direito de descobrimento”, em que este era reafirmado através da soberania universal do Império e da Igreja.

Vitória[20], bem antes das grandes correntes jusnaturalistas do século XVII e XVIII, defende a existência de direitos naturais e de que os homens já possuem uma tendência natural para a associação. Neste sentido, entende que existe uma comunhão natural entre os povos e que estes têm direitos de se relacionar com outros povos, passando a defender a idéia da existência de uma sociedade natural de Estados Soberanos.

Por outro lado, Ferrajoli analisa, no pensamento de Vitória, a existência de um paradoxo quando este reafirma o direito dos espanhóis ao descobrimento, através da legitimação da guerra justa:

> A guerra é lícita e necessária, afirma Vitória, justamente porque os Estados estão submetidos ao direito das gentes e, na falta de um tribunal superior, seus argumentos não podem ser impostos senão com a guerra.[21]

A concepção de soberania que permaneceu até o século XX teve como principal consequência o fato de que a guerra pode ser feita licitamente apenas pelo Estados.[22] A corrente jusnaturalista buscou explicar racionalmente a origem e a legitimidade do poder do Estado, fundamentando o poder civil a partir da idéia de existência de direitos naturais, anteriores às normas fixadas pelo Estado.

Essa vertente influenciou o pensamento político ocidental, a partir do reconhecimento de que existem direitos que o Estado não pode violar, de sorte que

---

sanção voltada a assegurar o direito internacional, uma vez que, na falta de um Tribunal Superior para fazer valer seus argumentos, os Estados devem recorrer à guerra.

20 Neste sentido, vide FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno,** 2002.

21 Ibid., p. 13.

22 FERRAJOLI, loc. cit.

é o consentimento entre os indivíduos expresso pelo pacto que daria origem à sociedade política.

Em decorrência disso, Ferrajoli identifica – enquanto categoria filosófica-jurídica –, a soberania como uma construção de matriz jusnaturalista, que tem servido de base à concepção juspositiva do Estado e ao paradigma do direito internacional moderno. A limitação da soberania em âmbito interno não ocorre de imediato. Neste sentido, Ferrajoli[23] destaca, ainda, a teorização explícita do caráter absoluto de soberania interna, com os únicos limites, para Bodin, das leis divinas e naturais e, para Hobbes, da lei natural, vista como princípio de razão.

É, portanto, o paradigma contratualista presente em Hobbes[24], com base na idéia do grande *Leviatã*, que ele denominou Estado (homem artificial), que remonta a formulação das idéias do Estado e de sua personalidade, que servirão para estabelecer alicerces ao atributo da soberania (alma artificial).

Afirmava Hobbes[25] que todos os homens eram naturalmente iguais, o que tornava possível o estabelecimento de uma luta incansável entre eles. O "estado de natureza" era visto como um estágio no qual o homem se encontrava entregue às suas próprias paixões, sem estar sujeito a qualquer lei; estabelecia-se uma luta incessante de todos contra todos pelo poder, gerando a necessidade de um poder soberano[26] para escapar a esse estado de guerra.

Em termos gerais, defendia a idéia de que para que a violência não prevalecesse, era preciso que os indivíduos estabelecessem um acordo para que

---

23 FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno,** 2002, p. 19.

24 HOBBES. Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. São Paulo: Abril Cultural, 1974. (Os Pensadores, v. XIV).

25 Ibid.

26 Vale destacar que o autor distingue a soberania por instituição da soberania por aquisição, sendo que "por instituição" se assenta num pacto entre cada um e todos os outros, e "por aquisição" entre pactos entre o vencido e o vencedor. Segundo Hobbes, todo súdito tem liberdade em todas aquelas coisas cujo direito não pode ser tranferido por um pacto. Se o soberano ordenar a alguém que se mate, se fira ou se mutile a si mesmo, ou qualquer outra coisa sem a qual não poderá viver, esse alguém tem a liberdade de desobedecer. HOBBES, op. cit., p. 137.

houvesse a preservação da vida. Este acordo é o que Hobbes chamava de contrato:

> Diz-se que um Estado foi instituído quando uma multidão de homens concordam e pactuam, cada um com cada um dos outros, que a qualquer homem ou assembléia de homens a quem seja atribuído pela maioria o direito de representar a pessoa de todos eles (ou seja, de ser seu representante), todos sem exceção, tanto os que votaram a favor dele como os que votaram contra ele, deverão autorizar todos os atos e decisões desse homem ou assembléia de homens, tal como se fossem seus próprios atos e decisões, a fim de viverem em paz uns com os outros e serem protegidos do restante dos homens.
> É dessa instituição do Estado que derivam todos os direitos e faculdades daquele ou daqueles a quem o poder soberano é conferido mediante o consentimento do povo reunido.[27]

Assim, os indivíduos estabeleceram entre si um "contrato", pelo qual cediam seus direitos a um homem artificial suficientemente forte para protegê-los contra a violência, dando origem a uma sociedade política – o Estado. A vontade única do soberano vai representar a vontade de todos.

Dessa forma, o Estado passa a ser uma entidade agregadora dos homens que vivem em determinada sociedade, e a coerção que exerce sobre os seus súditos não é um fim em si mesma, mas meio para que consiga, o quanto possível, a paz e a segurança.

Para ele, “as espécies de governo” são apenas três: constituindo o Estado uma Monarquia, uma assembléia de todos os homens (constituindo uma democracia) ou uma assembléia de uma parte dos homens (constituindo uma aristocracia). Dentre todas as formas de governo, Hobbes aponta preferências para a monarquia, porque nesta “[...] o interesse pessoal é o mesmo que o interesse público”, e em uma aristocracia ou democracia “a prosperidade pública contribui menos para o interesse pessoal de alguém que seja corrupto ou ambicioso” [28].

---

[27] HOBBES. Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**, 1974, p.111.

[28] Ibid., p. 119.

O referido pacto é celebrado entre os súditos, e não entre os súditos e o soberano, o que torna impossível ao soberano quebrar o pacto, pois este não existe antes do acordo, de sorte que dele não fez parte. A soberania só passa a existir depois do acordo; todavia, se um monarca renunciar à soberania, tanto para si mesmo como para seus herdeiros, os súditos voltam à liberdade de natureza:

> [...] Porque embora a natureza possa declarar, quem são seus filhos, e quem é o parente mais próximo, continua dependendo de sua vontade quem deverá ser o herdeiro. Assim, se ele não tiver herdeiro, não há mais soberania nem sujeição. O caso é o mesmo se ele morrer sem parentes conhecidos, e sem declarar quem deverá ser o herdeiro.[29]

John Locke também se preocupava com o estabelecimento de um pacto social, todavia alicerçado em tendências liberais opostas às idéias absolutistas de Hobbes. Locke partia da necessidade de se estabelecer uma sociedade política em que pactuariam os homens livres e iguais, porém, diferentemente de Hobbes, entendia que o " estado de natureza" não é um estado de guerra:

> Para bem compreender o poder político e derivá-lo de sua origem, devemos considerar em que estados todos os homens se acham naturalmente, sendo este um estado de perfeita liberdade para ordenar-llhes as ações e regular-lhes as posses e as pessoas conforme acharem conveniente, dentro dos limites da lei da natureza, sem pedir permissão ou depender da vontade de qualquer outro homem.[30]

Desta forma, suas idéias estão alicerçadas na existência de direitos naturais dos indivíduos, e todos os homens viviam num estado natural em que prevalecia a liberdade e a igualdade absolutas, não existindo governo de espécie alguma.

Assim, Locke apregoa a existência do Estado para evitar a dominação de uns para com os outros, e para que se observe a lei da natureza:

---

[29] HOBBES. Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**, 1974, . p. 137-138

[30] LOCKE John. **Segundo Tratado sobre o governo**: Ensaio relativo à verdadeira origem extensão e objetivo do Governo Civil. São Paulo: Abril Cultural, 1973 (Os Pensadores, v. XVIII), p. 41.

> E para impedir a todos os homens que invadam os direitos dos outros e que mutuamente se molestem, e para que se observe a lei da natureza, que importa na paz e na preservação de toda Humanidade, põe-se, naquele estado, a execução da lei da natureza nas mãos de todos os homens, mediante a qual qualquer um tem direito de castigar os transgressores dessa lei em tal grau que impeça a violação [...]. [31]

Para Locke, os homens em estado de natureza são livres para ordenar seus atos e para dispor de sua pessoa como melhor lhes convenha, dentro dos limites da lei natural, sem necessidade de pedir permissão e sem depender da vontade de outra pessoa, pois são iguais e sem subordinação.

Locke critica o absolutismo: “Do que ficou dito é evidente que a monarquia absoluta, que alguns consideram único governo do mundo, é, de fato, incompatível com a sociedade civil [...]”[32], e afirma que a tentativa de dominação ou escravização é algo que dá ensejo ao estado de guerra: “Daí resulta que aquele que tenta colocar a outrem sobre poder absoluto põe-se em estado de guerra com ele”.[33]

Ser proprietário, na teoria individualista do século XVII, significava também ter a propriedade de si mesmo; nesse sentido, Locke parte da definição do direito natural como direito à vida, à liberdade e aos bens necessários para a conservação de ambas, de sorte que esses bens são conseguidos pelo trabalho.[34]

A apropriação, dessa forma, ocorre através do trabalho e resta rejeitada a idéia de que as terras e posses pertenceriam por nascimento a uma classe privilegiada. Este era o argumento utilizado por Locke para criticar os privilégios dos nobres e defender a igualdade perante a Lei, uma vez que é o trabalho que dá origem ao direito de propriedade.

---

[31] LOCKE John. **Segundo Tratado sobre o governo**, 1973, p. .42.
[32] Ibid., p. 74.
[33] Ibid., p. 46.
[23] Ibid., p. 50.

Para ele, os homens são igualmente livres, iguais e independentes, e não podem ser tirados desse estado e submetidos ao poder político de outrem, sem o seu próprio consentimento, de forma que, se a autoridade pública, a quem foi atribuída a missão de proteger a todos, abusar do poder, enseja o direito do povo de romper o contrato e recuperar a sua liberdade natural.

A partir das idéias de Locke, o trabalho de um homem, como propriedade sua, pode ser vendido e trocado por um salário:

> Embora a terra e as criaturas inferiores sejam comuns a todos os homens, cada homem tem uma propriedade em sua própria pessoa; a esta ninguém tem qualquer direito senão ele mesmo. O trabalho de seu corpo e de suas mãos, pode dizer-se, são propriamente dele.[35]

A função do governo seria a de permitir a cada indivíduo o desenvolvimento de seus talentos, em competição com outros indivíduos ao máximo de sua capacidade, de sorte que o responsável pelo sucesso ou fracasso social seria o próprio indivíduo, daí, portanto, advindo o argumento que legitima a sociedade de classes.

A igualdade seria, assim, a igualdade na troca, baseada no contrato de cidadãos livres e iguais, e igualdade jurídica “a lei é igual para todos” e “todos são iguais perante a lei”.

O Estado, na concepção de Locke, existe para proteger os interesses do homem que, por seu esforço, acumulou bens e propriedades: “O objetivo grande e principal, portanto, da união dos homens em comunidades, colocando-se eles sob governo, é a preservação da propriedade”.[36] Principalmente para a preservação da propriedade, entendida como direito natural, é que os homens sentem-se obrigados a se refugiar sob as leis estabelecidas pelo governo.

---

[35] LOCKE John. **Segundo Tratado sobre o governo**, 1973, p. 51.
[36] Ibid., p. 89.

Nesse sentido, alerta-nos Marcelo Guimarães da Rocha e Silva[37] que o conceito de soberania trazido por Locke, dentro de sua visão contratual, seria de um lado limitada pela Constituição e, por outro, pelos direitos naturais e pela soberania popular, através do Parlamento.

Daí podemos dizer que a soberania interna passa a deparar-se com limitações de três ordens: legalidade (Constituição), fundamento (no jusnaturalismo há uma necessidade de fundamentar os direitos naturais), e direito de resistência (pela soberania popular através do Parlamento).

Dentre, ainda, as doutrinas que inspiraram a Revolução Francesa, emergem importantes teorias sobre a soberania, sendo uma delas a da "soberania nacional", da qual Jean-Jacques Rousseau foi expoente.[38]

Rousseau[39], igualmente a partir da idéia do contrato social mas diferentemente de Hobbes, passa a afirmar que o homem, em seu estado de natureza, vive pacificamente com seus semelhantes, todavia, para melhor alcançar seus fins particulares, se associa a seus semelhantes através da conclusão de um pacto. E, vivendo em sociedade, torna-se corruptor e corrompido, pois embora o homem seja naturalmente bom, é constantemente ameaçado por forças que não só o alienam de si mesmo como podem transformá-lo em tirano ou escravo.

A realização concreta do eu comum e da vontade geral implica em um contrato social que seria a única base legítima para uma comunidade que deseja viver de acordo com os pressupostos da liberdade humana.

---

[37] SILVA, Marcelo Guimarães da Rocha e. **Direitos humanos no Brasil e no mundo**: criação de um tribunal internacional permanente. São Paulo: Editora Método, 2002, p. 32.

[38] Neste sentido vide MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**, 2003, p. 32. Segundo o autor, desenvolveram-na Esmein, Hauriou, Paul Duez, Villey, Berthélemy e outros, no sentido de que a nação é a fonte única do poder de soberania.

[39] HISTÓRIA das Grandes Idéias do Mundo Ocidental. São Paulo: Abril Cultural, 1972. (Os Pensadores, v. II), p. 480.

Para esta teoria, a soberania é originária da nação, ou seja, do povo nacional, e somente os nacionais ou nacionalizados exercem os direitos de soberania e de cidadania na forma da lei.[40]

A concepção rousseniana[41] do direito político é, portanto, essencialmente democrática, uma vez que faz depender toda autoridade e toda soberania de sua vinculação com o povo em sua totalidade.

Além disso, a soberania é inalienável e indivisível, e, como base da própria liberdade, é algo que o povo não pode renunciar ou partilhar com os outros, sob pena de perda da dignidade humana.

Para Rousseau[42], a lei como ato da vontade geral e expressão da soberania é de vital importância, pois as leis são as condições da associação civil e o povo, submetido às leis, deve ser o seu autor.

Assim, o legislador tem relevante papel no Contrato Social, e no dizer de Rousseau, "é um homem extraordinário", sendo que "aquele que governa as leis não deve governar os homens":

> Para descobrir as melhores regras de sociedade que convenham às nações, precisar-se-ia de uma inteligência superior, que visse todas as paixões dos homens e não participasse de nenhuma delas, que não tivesse nenhuma relação com a nossa natureza e a conhecesse a fundo; cuja felicidade fosse independente de nós, e, contudo, quisesse dedicar-se a nós, que finalmente almejando uma glória distante, pudesse trabalhar num século e fruí-la em outro. Seriam preciso deuses para dar lei aos homens.[43]

---

40 MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**, 2003, p. 32-33. O autor assinala, ainda, que a teoria nacional não deve ser confundida com a teoria da soberania popular, que amplia o exercício do poder soberano aos alienígenas residentes no país.

41 HISTÓRIA das Grandes Idéias do Mundo Ocidental. **Os Pensadores**, 1972, v.II, p. 481-482.

42 Ibid., p. 482.

43 ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Abril Cultural, 1973 (Os Pensadores, v. XXIV).

Diante de tudo o que anteriormente foi explanado, as características principais do que Bobbio[44] define como "modelo jusnaturalista" são as seguintes:

A primeira é o individualismo, pois "existem" – ora como dado histórico, ora como hipótese de razão – indivíduos que vivem num estado de natureza anterior à criação do Estado e que gozam de direitos inerentes e intrínsecos, tais como o direito à vida, à propriedade, à liberdade, à segurança e à igualdade frente à necessidade e à morte.

A segunda é o "estado de natureza", sendo um pressuposto comum a todos os pensadores deste período, ainda que eles o caracterizem de modo divergente: ora como um estado de guerra, "o reino da violência e do arbítrio" (Hobbes), ora como um estado de paz instável (Locke), ora como primitivo estado de liberdade plena (Rousseau).[45]

A terceira característica do modelo jusnaturalista, identificada por Bobbio, seria a de colocar o contrato social como um pacto artificial entre os indivíduos livres para a formação da sociedade civil que supera o estado de natureza. Segundo ele, "[...] o objeto do contrato ou dos contratos é a transferência de todos ou de alguns direitos que o homem tem no estado de natureza para o Estado, de modo que o homem natural se torna homem civil ou cidadão".[46]

Apesar destas diferenças (absolutismo em Hobbes, monarca constitucional em Locke, ou Assembléia Geral em Rosseau), o que há em comum entre os autores é o caráter voluntário e "artificial" do pacto ou "contrato", que serve para garantir os direitos fundamentais do homem no estado de natureza que eram

---

44 BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo, **Sociedade e estado na filosofia política moderna.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Brasiliense: São Paulo, 1986, p. 33-74.
45 Ibid., p. 49-60.
46 Ibid., p. 71.

continuamente postos em perigo, pela falta de uma lei e de um Estado que tivesse a força de fazê-la respeitar.

Por derradeiro, faz alusão à finalidade do Estado, uma vez que este nasce para proteger e garantir a efetiva realização dos direitos naturais inerentes aos indivíduos, que não são criados pelo Estado, pois o precedem: para Hobbes seria sobretudo do direito à vida; para Locke o direito de propriedade (dentro de sua concepção).

De acordo com o já citado autor:

> Pode-se dizer, em síntese, ainda que com certa simplificação: enquanto os indivíduos de HOBBES renunciam a todos os direitos, exceto um, os indivíduos de LOCKE renunciam a um só direito, ou seja, conservam todos menos um.[47]

Assim, os indivíduos de Hobbes renunciam a todos os direitos, exceto o direito à vida; e os indivíduos de Locke apenas renunciam "substancialmente" ao direito de fazer justiça por si mesmos, e conservam todos os outros, especialmente o direito de propriedade.

Ensina-nos Lúcia Cortes da Costa[48] que, de acordo com o enfoque contratualista, o Estado deve conter os instintos egoístas dos indivíduos, colocando os interesses privados sob o império da lei e, ao mesmo tempo, impedindo a guerra civil e construindo uma esfera de interesses coletivos capaz de manter a união dos cidadãos na vida social.

Assim, a escola contratualista, representada principalmente por Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1632-1704) e Jean-Jacques Rousseau (1712-

---

[47] BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo, **Sociedade e estado na filosofia política moderna,** 1986, p. 73. "Se, para Hobbes, o fim do Estado é tornar os homens seguros, para Spinoza esse fim é torná-los livres, ou seja, fazer de tal modo que cada homem possa explicitar ao máximo sua própria razão."

[48] COSTA. Lúcia Cortes da. **Os impasses do Estado Capitalista**: uma análise sobre a reforma do Estado no Brasil. Ponta Grossa: Editora UEPG; São Paulo: Cortez, 2006, p. 53.

1778), tem como idéia principal a de que a legitimidade do governo ou da lei está baseada no consentimento dos governados.

Neste diapasão, assevera Lúcia Cortes da Costa:

> Na concepção contratualista, o Estado é a instância que estabelece a normatização das relações sociais, devendo também pautar a sua ação conforme estabelecido na lei. O governo, enquanto Poder Executivo do Estado, pode tudo o que a lei permitir, já o cidadão, também sujeito às normas legais, pode tudo o que a lei permitir ou não proibir expressamente. Na vertente contratualista, as esferas pública e privada são definidas a partir dos interesses para os quais se voltam. O Estado, como esfera pública, deve buscar o bem comum: a sociedade civil, como esfera privada, busca os interesses particulares. Assim são definidos em lei os limites de ação de cada setor da sociedade.[49]

Diante do exposto, podemos vislumbrar que, se por um lado as teorias jusnaturalistas do século XVII levam a absolutização do conceito de soberania na relação entre os Estados, de outro, caminham para a sua limitação interna, a partir da lei civil.

1.2 A LIMITAÇÃO DA SOBERANIA PELA SUBORDINAÇÃO DO ESTADO À LEI – ESTADO DE DIREITO

Segundo Lafer[50], no mundo moderno até as Revoluções Americana e Francesa, prevaleceu, tanto no plano interno quanto no plano internacional, o princípio da legitimidade dinástica, o qual viu-se substituído pelo princípio da legitimidade popular, de sorte que o “Viva Nação” tomou o lugar do “Viva o Rei”.

---

[49] COSTA. Lúcia Cortes da. **Os impasses do Estado Capitalista**, 2006, p. 53.

[50] LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia da Letras, 1988, p. 134.

O Estado liberal afirmou-se a partir da Revolução Francesa, quando a burguesia, após tomar o poder político dos monarcas, dividiu as funções do Estado: executivo, legislativo e judiciário. Neste Estado, a maior autoridade centrava-se no poder legislativo, surgindo, assim, o Estado de Direito, no qual o poder dos governantes é limitado pelo conjunto de leis que estabelecem os direitos e deveres do cidadão.

Em decorrência disso, essa dúplice oposição entre estado civil e estado de natureza dá origem, a partir da Revolução Francesa, a duas histórias paralelas e opostas da soberania, como bem adverte Ferrajoli: "[...] a de uma progressiva limitação interna da soberania no plano do direito estatal" e a de "uma progressiva absolutização externa da soberania no plano do direito internacional." [51].

Segundo Schilling[52], a Revolução de 1789, tendo como lema "Liberdade, Igualdade, Fraternidade", é o princípio da modernidade, uma vez que nela tudo teve seu início ou sua consagração: a separação entre o Estado e a Igreja, a proclamação do estado secular, a participação popular pelo voto, a instrução pública estatal e gratuita, o serviço militar generalizado, os direitos da cidadania, a abolição das torturas e dos castigos físicos, sendo considerada, assim, a Revolução como o acontecimento político e social mais significativo da história contemporânea.

Desta feita, a partir da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e das Cartas Constitucionais que lhe sucederam, muda a forma de Estado e, com ela, muda também o próprio princípio da soberania interna, que passa a

---

[51] FERRAJOLI, Luigi**. A Soberania no Mundo Moderno**, 2002, p. 26.

[52] SCHILLING, Voltaire. **As Grandes correntes do pensamento**: da Grécia antiga ao neoliberalismo. Porto Alegre: AGE, 1998.

vincular-se à observância da lei, encontrando limitações ainda concernentes aos direitos fundamentais.[53]

A Revolução Francesa marca a expansão do capitalismo na Europa e resulta na adoção de princípios liberais na organização econômica e política das nações, além da idéia da autonomia entre os poderes do Estado.

O liberalismo[54] foi, portanto, a expressão do pensamento da burguesia européia em ascensão e o instrumento por ela utilizado para edificar o nascente sistema capitalista. Os valores básicos da doutrina liberal, ou seja, a igualdade jurídica, a propriedade privada, a tolerância religiosa e filosófica, e a liberdade pessoal, serviram de bandeira na luta travada por essa classe para tornar-se dominante do ponto de vista político e hegemônico, nos planos econômico e cultural.

Assim, a Revolução Francesa redefine as relações entre soberania e Estado, pois foram superadas as velhas teorias que determinavam a origem divina do poder e. a partir de então, o povo (diretamente ou por meio de uma assembléia representativa), seria o titular da soberania e, por isso, titular do Poder

---

53 "A universalização da positividade dos direitos fundamentais quer através da generalização do 'catálogo' de direitos entendido como núcleo material das constituições escritas, quer através da internacionalização convencional dos direitos pessoais e políticos, dos direitos econômicos, sociais e culturais que apontam, decisivamente, para a idéia de que aqui reside uma última racionalidade moderna compatível com pretensões universalistas. Para além das práticas plurais e da pluralidade da posição dos observadores, os direitos fundamentais postulam um princípio universalista. Em síntese e para terminar: as normas de direitos fundamentais assentam na realização do princípio da universalização, porque uma norma não pode ter pretensão de validade a não ser que todas as pessoas que podem ser abrangidas por ela estejam (ou possam estar) de acordo enquanto participantes, numa discussão prática sobre a validade dessa norma." CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Teoria jurídico-constitucional dos direitos fundamentais. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, ano IV, n. 45, p. 40, set. 2000.

54 Segundo Lafer, o modelo da Revolução Francesa realça a existência de pontos de convergência relevantes entre os processos históricos de asserção dos direitos humanos de primeira e segunda geração e os de terceira geração. LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos,** 1988, p. 137-138.

Constituinte[55], de modo que a Constituição deveria ser a expressão da vontade do povo nacional, a expressão da "soberania popular".

Com a superação do Estado Absoluto e o surgimento do Estado moderno, a soberania foi transferida da pessoa do soberano para a nação, a partir da concepção liberal defendida por pensadores como Emanuel Joseph Sieyès, expressa em sua obra *A Constituinte Burguesa*, sistematizada através da teoria do Poder Constituinte, como corrobora Lafer:

> A idéia de uma vontade única da nação deu lugar à postulação de coincidência entre Estado e Nação que efetivamente deslocou da dinastia legítima para a Nação e a comunidade política que inspirou, a partir do século xix, o esforço de organizar o sistema interestatal com base no princípio das nacionalidades. Por isso, denomina-se habitualmente de nacionalidade o vínculo político e jurídico que une uma população a um Estado. É com base neste vínculo, que se pressupõe dotado de permanência e continuidade, que no âmbito de um Estado se distingue o nacional do estrangeiro, fundamentando-se também neste nexo a competência pessoal do Estado em relação aos seus nacionais além de suas fronteiras.[56]

Neste sentido, podemos vislumbrar, como acertadamente coloca Ferrajoli[57], que, no plano doutrinário, a idéia de soberania interna, bem longe de ser abandonada como quisera a lógica do Estado de direito, ainda acaba por reforçar-se, cingindo-se nas figuras da soberania nacional e da soberania popular, que ladeiam a soberania estatal e lhe fornecem legitimação política mais forte do que as antigas fontes teológicas e contratualistas.

Assim, a evolução oriunda da concepção liberal consiste no fato de que, em que pese a formulação do Direito competir ao Estado, este se acha

---

55 "Observa neste sentido Hannah Arendt, ao comentar Siyès e as conseqüências da inexistência de limites ao poder constituinte originário: "Tanto o poder como o Direito estavam ancorados na nação, ou melhor, na vontade da nação que, por si só mantinha-se fora e acima de todos os governos e de todas as leis". LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos,** 1988, p. 135.

56 Ibid., p. 135.

57 Ibid.,p. 29.

subordinado a ele, pelo que impõe a si próprio a limitação de seu poder tanto pela Constituição como pela produção normativa.

Em decorrência disso, Ferrajoli chega a afirmar que a doutrina liberal do Estado de direito equivale a uma doutrina da negação da soberania (como poder absoluto que não reconhece nenhum outro acima), uma vez que todos os poderes ficam subordinados à lei.

Para ele, a idéia de soberania (como *potestas absoluta*) não se coaduna com a sujeição do poder à lei nem é compatível com as Cartas Internacionais de Direitos, pois, num estado de direito, em que todos se submetem à lei, dissolve-se a soberania como poder livre das leis que não reconhece superior algum. Todos os poderes são subordinados ao direito.

Se, por um lado, é certo que a concepção liberal de soberania passa a encontrar limitações decorrentes do direito, por outro, há que se destacar os ensinamentos do filósofo italiano Giorgio Agamben[58], que destaca a ruptura do sistema de limitações fundamentado na "exceção soberana".

Para o pensador italiano, vivemos – mesmo no seio das chamadas modernas democracias liberais –, num constante estado de exceção, espécie de excrescência jurídica que se caracteriza, justamente, pela anulação de direitos essenciais garantidos pelas constituições, como as liberdades individuais. E, apelando ao estado de exceção, ou estado de sítio, o soberano sente-se no direito, para a proteção de seus domínios, de suspender as garantias legais atinentes aos indivíduos.

---

[58] AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção.** Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boi Tempo, 2004.

Ele discute as relações entre Soberania, Estado e Poder e, ao analisar o pensamento de Carl Schmitt[59], atribui ao soberano um paradoxo, de forma que ele estaria ao mesmo tempo dentro e fora da ordem jurídica.

Em sua obra intitulada *Estado de Exceção*[60], o referido filósofo sustenta a tese de consolidação do estado de exceção como paradigma de governo, sendo que, no soberano, o ordenamento jurídico reconhece a pessoa que tem o poder de declarar o "estado de exceção" , ou seja, a suspensão de direitos, de sorte que o ordenamento jurídico contém em si o seu contrário.

Diante disso, concordamos com Ferrajoli, ao entender que a concepção de soberania interna passa a sofrer limitações decorrentes do Estado Democrático de Direito oriundo da concepção liberal, todavia, há que se destacar, como demonstrado por Agamben, que o ordenamento jurídico contém em si também o seu contrário, ou seja, "a suspensão autorizada de direitos."

Constata-se, portanto, a existência de um paradoxo, uma vez que o "Poder Estatal (Soberania) é limitado pela positivação de direitos", ao passo que admite a "exceção soberana" (suspensão de direitos). Assim, na expressão de Agamben[61], o estado de exceção apresenta-se como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo[62].

---

59 Intelectual alemão conservador que aderiu ao nazismo, autor de *Die Diktatur* (1921) e *Politische Theologie* (1922).

60 "Diante do incessante avanço do que foi definido como uma Guerra civil mundial, o estado de exceção tende cada vez mais a se apresentar como o paradigma de governo dominante na política contemporânea. Esse deslocamento de uma medida provisória e excepcional para uma técnica de governo ameaça transformar radicalmente- e, de fato, já transformou de forma perceptível – a estrutura e o sentido da distinção tradicional entre os diversos tipos de constituição. O estado de exceção apresenta-se nesta perspectiva, como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo." In: AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção,** 2004, p. 13.

61 AGAMBEN, loc. cit.

62 "O soberano de um Estado, quer seja uma assembléia ou um homem, não se encontra sujeito às leis civis. Dado que tem o poder de fazer e revogar as leis, pode quando lhe aprouver libertar-se dessa sujeição, revogando as leis que o estorvam e fazendo outras novas; por consequência já antes era livre. Porque é livre quem pode ser livre quando quiser. E a ninguém é possível estar obrigado perante si mesmo, pois quem pode obrigar pode libertar, portanto quem está obrigado

Ainda no tocante às relações entre Soberania e Direito, vale lembrar ainda a existência da teoria da soberania do Estado, vinculada, respectivamente, pelas escolas Alemã e Austríaca, e lideradas, respectivamente por Jellinek e Kelsen.

Maluf, ao se referir a teoria de Jellinek, destaca que "[...] para as escolas alemã e austríaca, lideradas, respectivamente, por Jellinek e Kelsen, que sustentam a estabilidade integral do Direito, a soberania é de natureza estritamente jurídica, é um direito do Estado [...]"[63].

Assim, de acordo com Maluf[64], Jellinek desenvolve a idéia de que a soberania é, em síntese, apenas uma qualidade do poder do Estado perfeito, sendo o Estado anterior ao direito e sua fonte única, de modo que o direito é feito pelo Estado e para o Estado.

Para Maluf, estes teóricos sustentam que só existe o direito estatal, elaborado e promulgado pelo Estado, e não há direito sem sanção estatal, de sorte que negam a existência do direito natural e de qualquer normatividade destituída de força de coação, que só o poder público pode dar, em razão de que assevera ainda:

> Portanto, se a soberania é um poder de direito e todo direito provém do Estado, o tecnicismo jurídico alemão e o normativismo Kelseniano levam à conclusão lógica de que o poder de soberania é ilimitado e absoluto. Logo, toda forma de coação estatal é legítima, porque tende a realizar o direito como expressão da vontade soberana do Estado. [65]

---

apenas perante si mesmo não está obrigado". HOBBES. Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**, 1974, p. 166.

63 MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**, 2003, p. 34.

64 MALUF, loc. cit.

65 MALUF, loc. cit. O autor ressalta, ainda, que daí adveio a conclusão de Austin, com base na doutrina do mestre vienense, de que "[...] não existe direito internacional por falta de sanção coercitiva".

Todavia, em relação à teoria de Jellinek, outra interpretação é dada por Ariosi, que assevera que a soberania está subordinada a certos limites e nada obsta a que o Estado encontre limitações em uma ordem determinada:

> Outra característica é que o poder do Estado não é ilimitado. Jellinek desenvolve o pensamento de que a soberania está subordinada a certos limites, e, o Estado encontra sua limitação na existência de uma ordem determinada. Assim, é negado o poder absoluto e ilimitado ao Estado. Deve-se ressaltar que a soberania não é compatível com a subordinação a uma vontade concreta, mas nada impede que se sujeite a uma ordem jurídica. O fundamento básico do Direito se sustenta no fato de que o Poder Político, para se legitimar, deve organizar-se em um Estado, autolimitando seus poderes e criando mecanismos de proteção às minorias. Este é o papel das Constituições, que são a base da organização política, instituindo os poderes públicos, definindo-lhes as competências e fixando direitos e obrigações do indivíduo face ao Estado. Por esta razão, o Estado e os indivíduos devem obedecer às disposições das leis promulgadas pelo Poder Estatal.[66]

Por outro lado, em sua crítica ao jusnaturalismo, Hegel considera que o Estado como momento ético e político também é normativo, porém, o direito não é uma formação anterior à sociedade.

Tomando o povo como ponto de partida, e não o indivíduo, como nas correntes jusnaturalistas, Hegel apresenta a superação dos egoísmos individuais da teoria anti-atomista e elabora esta nova perspectiva. O direito, como meio de conexão do estado natural para o estado civilizado, passa a ser destronado.

Ao estruturar a crítica ao jusnaturalismo moderno, assevera Lúcia Cortes da Costa[67] que, no século XIX, com Hegel, temos a retomada da visão orgânica, elaborada pelos filósofos gregos, sobre a origem do Estado e da sociedade, sendo

---

[66] ARIOSI, Mariângela F. **Direito Internacional e soberania nacional**. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp. Acesso em: 23 ago. 2007.

[67] A autora salienta ainda que Hegel seja defensor da monarquia constitucional, pois já que o Estado normatiza a sociedade, é necessário estabelecer uma Constituição, a qual deve ser outorgada pelo monarca. Cf. COSTA, Lúcia Cortes da. **Os impasses do Estado Capitalista**, 2006, p. 34-35.

que a crítica ao contratualismo faz-se presente na obra dele, quando analisa o conceito de sociedade civil e a predominância de interesses particulares.[68]

Segundo a doutrina hegeliana, o estado passa a ser sublimado como "substância ética" e "espírito do mundo", como colocado por Ferrajoli, ao se referir ao pensamento de Hegel sobre o Estado: "[...] é a realidade imediata de um povo específico e naturalmente determinado", e o povo enquanto um todo orgânico é o que Hegel denomina Estado.[69]

Hegel[70] vê o Estado como árbitro natural na busca de prevalecer o substancial em detrimento dos interesses egoístas que infelicitam os homens. O Estado é o garantidor da liberdade como idéia central do direito, em sua suprema realização. Por isso, sendo o Estado o reino da eticidade, é o centro gerador da normatividade, ou seja, dele partem leis cujo objeto-objetivo é a perpetuação da liberdade como *condition sine qua non* do mundo governado pela razão. O Estado é a universalidade que supera as particularidades.

Ensina-nos Marcelo Guimarães da Rocha e Silva que, com Hegel, "[...] algumas correntes pretenderam fundamentar o direito internacional em sua filosofia, na qual o Estado não admite poder superior [...]" [71], e é com Hegel que a relação entre os conceitos de Estado Moderno e soberania atingem grande relevo, conforme assevera Muller:

> O conceito de soberania adquire o seu relevo e a sua centralidade no pensamento político de Hegel na perspectiva do desdobramento da tese fundamental do direito natural especulativo do jovem Hegel, que concebe o Estado moderno como "a totalidade ética absoluta [que] não é senão um povo" organizado politicamente. Esta totalidade ética é determinada, aristotelicamente, como uma "comunidade política", lógico-ontologicamente anterior ao indivíduo singular, e, platonicamente, como

---

68 Particularidade como campo de mediação entre o singular e o universal.
69 Neste sentido, ver FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno**, 2002, p. 30.
70 HISTÓRIA das Grandes Idéias do Mundo Ocidental, 1972, volume III, p. 598.
71 SILVA, Marcelo Guimarães da Rocha e. **Direitos humanos no Brasil e no mundo**, 2002, p. 33.

> sendo a realização imanente da idéia do bem na comunidade ético-política, alcançada pela convergência do "viver para a coisa pública (politeuein) e do filosofar". (DN, 455, 141). Esta tese fundamental do direito natural especulativo vai fornecer a Hegel o horizonte teórico da sua crítica à fundação jusnaturalista do Estado no contrato, que parte do indivíduo singular, sem que ela recuse a emancipação moderna do indivíduo, fundada no "poder" da propriedade privada e na dissolução das formas tradicionais de eticidade. Quer dizer, esta incorporação do modelo platônico-aristotélico da pólis antiga enquanto pano de fundo e instrumento da crítica ao contratualismo moderno, já está, por sua vez, determinada modernamente pelo "sistema da propriedade e do direito [...] que fixa o ser singular e o põe absolutamente" (DN, 457, 143), isto é, por uma concepção do homem não apenas como cidadão que é livre pelo nascimento e/ou pelo seu status de proprietário, mas como um sujeito autônomo, consciente da infinitude do seu eu e da autonomia do seu interesse particular, e que só colabora para o bem comum provendo a seus fins particulares. (FD §§ 124, 187)[72]

Contudo, ensina-nos Ferrajoli que é do final do século XIX, por obra juspublicística alemã e italiana da figura jurídica (e não mais somente política do Estado-pessoa como sujeito originário), que funda mas não é fundado (titular da soberania ao invés do povo), que se chega a atribuir caráter científico à imagem do Estado soberano:

> Graças a essa operação não por acaso realizada em países como na Alemanha e Itália, de forte cultura jurídica, de fracas tradições liberais e de recente unificação nacional-, o paradigma hobbesiano do Leviatã e a metáfora antropomórfica da soberania estatal, deixam de ser uma ficção e são levadas a sério, abrindo espaço para uma metafísica de cunho idealista e autoritário que reconhece o Estado como única fonte do direito. Disso derivam duas importantes consequências: a primeira é a relembrada configuração dos direitos fundamentais não mais como limites externos, mas como “auto limitações” da soberania do Estado, consequentemente remetidos à sua disponibilidade. A segunda é a elaboração da conhecida e bizarra doutrina organicista, ainda hoje no auge em quase todos os manuais de direito público, segundo o qual não apenas a soberania, mas também, o povo e o território, podem ser considerados como outros tantos “elementos” constitutivos do Estado.[73]

Denota-se, portanto, que a formação do Estado de direito acaba por gerar a própria limitação da soberania interna, com a subordinação do próprio poder legislativo de maioria à lei constitucional.

---

[72] MULLER, Marcos Lutz. **Estado e Soberania**: o ‘idealismo da soberania’. Disponível em: <http://br.geocities.com/matrizeshegelianas/estadoesoberania.html>. Acesso em: 27 ago. 2007.

[73] FERRAJOLI, Luigi**. A Soberania no Mundo Moderno**, 2002, p. 30-32.

Neste diapasão, vale lembrar os ensinamentos de Tojal[74], ao mencionar duas das soluções do liberalismo para a proteção do indivíduo contra o arbítrio do próprio Poder Legislativo: o princípio da separação de poderes e a representatividade de que deve prover o Poder Legislativo: O primeiro viabilizando o Estado de Direito e o segundo assegurando o princípio democrático da representação política.

Como bem colocado por Ferrajoli:

> Desaba, assim, o postulado – juspositivista e, ao mesmo tempo, "democrático"- da onipotência do legislador e da soberania do parlamento. Com a subordinação do próprio poder legislativo de maioria à lei constitucional e aos direitos fundamentais nela estabelecidos, o modelo do estado de direito aperfeiçoa-se e completa-se no modelo do estado constitucional de direito, e a soberania interna como potestas absoluta (poder absoluto) , já não existindo nenhum poder absoluto, mas sendo todos os poderes subordinados ao direito, se dissolve definitivamente.[75]

Assim, o significado histórico dessa concepção está insculpido na existência de uma limitação do "Poder", através do Direito (Constituição), e da Democracia, a partir da organização do Estado Liberal, que, em síntese, buscou identificar um Poder supremo e absoluto, mas submetido à Lei.

1.3 A TRANSFORMAÇÃO DO ESTADO ENQUANTO PODER SOBERANO E A CRIAÇÃO DE ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS

Como pudemos constatar, em face do que foi explanado, a soberania acompanha a própria concepção estatal vigente em uma determinada época, pois

---

[74] TOJAL, Sebastião Botto de Barros. **Teoria Geral do Estado**: Elementos de uma nova ciência social. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 21. O autor destaca, ainda, que o pensamento jusnaturalista moderno construiu o monismo jurídico, através da teorização de um Estado racional, ou seja, o monopólio Estatal da produção normativa.

[75] FERRAJOLI, Luigi**. A Soberania no Mundo Moderno**, 2002, p. 33.

não há como falar de soberania sem falar do próprio Estado. Assim, verificamos que a noção de soberania está também estritamente vinculada a noção de "Poder".

Neste sentido, o desenvolvimento do Estado Liberal acabou por gerar a limitação da soberania em âmbito interno, por meio de sua sujeição ao Direito. Todavia, desde o colonialismo, passando pelo Estado Liberal, até a metade do século XX, percebemos que o Estado "podia tudo" externamente, ou seja, em âmbito externo a soberania era ilimitada.

Essa ausência de limitação dava ensejo ao fato de os Estado Nacionais poderem invadir os territórios uns dos outros e também de provocar a guerra, em razão de que, como afirma Ferrajoli, a comunidade selvagem dos Estados soberanos atingiu seu auge na Idade Contemporânea e, justamente entre meados do século XIX e do século XX, a soberania externa dos Estados alcança suas formas mais desenfreadas e ilimitadas, inicialmente com as guerras e as conquistas coloniais, depois com as duas guerras mundiais, "[...] manifestando-se mais do que nunca como equivalente internacionalista da liberdade selvagem do estado de natureza hobbesiano." [76]

O reconhecimento da soberania do Estado no cenário internacional gera consequências tanto no que concerne às relações entre Estado e Direito, como nas relações entre Estado e Poder.

Durante todo o século XIX, prevalece a idéia de negação do Direito Internacional (teoria monista), e, no século XX, surge a idéia da coexistência dos direitos estatais e do internacional elaborada por Heinrich Triepel[77], a quem Kelsen

---

[76] FERRAJOLI, Luigi**. A Soberania no Mundo Moderno**, 2002, p. 34.

[77] MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. Henrich Triepel foi um jurista alemão que considerava os ordenamentos jurídicos internos e a ordem jurídica internacional duas ordens normativas estanques e impenetráveis.

oporá uma nova teoria monista da unidade do direito e do primado do direito internacional sobre o estatal.

A teoria dualista apregoa que o Direito Internacional Público e o Direito Interno são dois ordenamentos jurídicos independentes e distintos; a monista afirma que o Direito Internacional Público e o Direito Interno fazem parte de um único sistema jurídico.

De acordo com a teoria dualista, o Direito Internacional Público e o Direito Interno são dois sistemas jurídicos diferentes independentes, não se confundindo. O primeiro regula as relações entre os Estados, e o segundo as relações entre os indivíduos. Para os dualistas, não há supremacia de um sistema sobre o outro, pois eles atuam em esferas diferentes e específicas.

Já a teoria monista não aceita a existência de duas ordens jurídicas autônomas, independentes e não-derivadas. Para o monismo, existe uma única ordem jurídica. Esta concepção apresenta duas variáveis de compreensão: a que defende a primazia do Direito interno e, a outra, a primazia do Direito Internacional.

Os que entendem o monismo com o predomínio do direito interno (Max, Wenzel, Zorn, Kaufmann etc.) afirmam a superioridade do Estado, que é soberano para dirigir suas relações internacionais em conformidade com sua lei interna, sendo que seus princípais argumentos residem em: a) a ausência de uma autoridade supraestatal, b) o fundamento constitucional dos órgãos competentes para concluir tratados em nome do Estado.[78]

Os que defendem o monismo com a supremacia do direito internacional (Kelsen, Scelle, Duguit e outros) entendem que não há duas ordens jurídicas que coexistem lado a lado de forma estanque, mas duas ordens jurídicas que devem

[78] Neste sentido, vide FRAGA, Mirtô. **O Conflito entre Tratado Internacional e a Norma de Direito Interno**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

estar em uma relação de superioridade e inferioridade, sendo que, para eles, a de Direito Internacional é superior à de Direito Interno, que lhe é subordinada.[79]

A formação de uma "sociedade internacional" e, consequentemente, de obrigações vinculantes para o Estado, não é incompatível, em princípio, com a soberania deste, pois eventual limitação é oriunda do próprio consentimento do Estado, como bem observou Kelsen:

> O resultado de nossa análise foi o de que, o Direito internacional, através do princípio de eficácia, determina a esfera e o fundamento de validade da ordem do Direito nacional, e, desse modo, a superioridade do Direito Internacional sobre o Direito nacional parece ser imposta pelo conteúdo do próprio Direito. Mas, 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. Após o Estado ter reconhecido 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. De acordo com a 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.[80]

No que concerne às relações entre Estado e Poder da metade do século XIX à metade do século XX, constatamos a exaltação à guerra como corolário da absolutização da soberania externa.

Vislumbramos que, paralelamente ao desenvolvimento do Estado de direito em âmbito interno de cada Estado, prolifera a idéia de Estado absoluto externamente, de sorte que "Quanto mais o estado de natureza é superado internamente, tanto mais é reproduzido e desenvolvido externamente".[81]

---

79 FRAGA, Mirtô. **O Conflito entre Tratado Internacional e a Norma de Direito Interno**, 1998.
80 KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 546.
81 FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**, 2002, p. 35.

Em razão disso, assevera Hobsbawm, remetendo-se a Hobbes, que o século XX foi o mais mortífero da história documentada, de modo que o período compreendido entre os anos de 1914 e 1945 pode ser visto como uma única guerra dos trinta anos, que, seguida da guerra fria, é compatível com a definição dada pelo filósofo Hobbes à guerra, como algo que consiste "[...] não em batalhas apenas, ou no ato de lutar, mas em um lapso de tempo em que a vontade de travar batalhas é suficientemente conhecida" [82].

Percebemos, portanto, que a premissa Hobbesiana se transporta para uma nova era, em que constamos que a ausência de limitação da Soberania do ponto de vista externo acabou por conduzir os Estados-Nação a um verdadeiro estado de guerra: "Os homens não tiram prazer algum da companhia uns dos outros (e sim, pelo contrário, um enorme desprazer), quando não existe um poder capaz de manter a todos em respeito".[83]

Há que destacar, ainda, que as principais causas de discórdia já anunciada por Hobbes[84] também se fizeram presentes neste período: a) a competição, que leva o homem a atacar os outros tendo em vista o lucro; b) a desconfiança, que leva o homem a atacar a segurança, e c) a glória, que leva o homem a atacar a reputação.

A busca pelo lucro, ausência de segurança e anseio pela glória conduziram os Estados-Nacionais a um verdadeiro estado de guerra, ou seja, ao "estado de natureza dos Estados", pela ausência de normas e de um poder cogente acima dos estados nacionais.

---

82 HOBSBAWM, Eric. **Globalização, democracia e terrorismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 21.
83 Ibid., p. 79.
84 Loc. cit.

Foi, portanto, necessário que houvesse a criação de um "poder" que, ao menos em tese, fosse capaz de manter todos em respeito, na buca de retirar-lhes do estado de natureza e passá-los para o "estado civil"[85], de forma que, assim, surgiu a Organização das Nações Unidas, que inaugura uma nova era, paralelamente à crise do Estado-Nacional.

A Organização das Nações Unidas (ONU) é, no dizer da própria Carta, uma associação de Estados reunidos com os propósitos declarados de manter a paz e a segurança internacionais, desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direitos e de auto-determinação dos povos, 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, como um centro destinado a harmonizar a ação das nações para a consecução desses objetivos.[86]

O preâmbulo da Carta das Nações Unidas, promulgada no Brasil pelo Decreto n. 19.841 de 22/10/1945, preceitua:

> 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.[87]

---

85 Numa analogia ao jusnaturalismo.
86 CARTA das Nações Unidas. Disponível em: <www.onu-brasil.org.br>. Acesso em: 27 jul. 2008.
87 Loc. cit.

Nos governos democráticos, o Estado passa a limitar sua ação consoante as regras constitucionais, ao passo que a observância aos pactos e convenções internacionais limitam a ação do Estado, tanto no âmbito interno como externo.

A interdependência entre os diferentes Estados e o "estado de natureza dos Estados", deram azo ao surgimento de organizações transnacionais[88] e comunitárias tanto através de alianças militares com países mais fortes, como por meio de pactos a favor de organizações de Estados.

Esse processo ocorre porque o Estado nacional, enquanto instituição, passa a ser questionado, uma vez que já não consegue mais garantir a clássica e "utópica" idéia de segurança, e a soberania, a partir de então, passa a sofrer limitações oriundas dessas convenções, donde decorre um paradoxo, descrito por Bauman:[89]

> A promoção da segurança sempre requer o sacrifício da liberdade, enquanto esta só pode ser ampliada à custa da segurança. Mas segurança sem liberdade equivale a escravidão (e, além disso, sem uma injeção de liberdade, acaba por ser afinal um tipo muito inseguro de segurança); e a liberdade sem segurança equivale a estar perdido e abandonado (e, no limite, sem uma injeção de segurança, acaba por ser uma liberdade muito pouco livre). Essa circunstância provoca nos filósofos uma dor de cabeça sem cura conhecida.Ela também torna a vida em comum um conflito sem fim, pois a segurança sacrificada em nome da liberdade tende a ser a segurança dos *outros;* e a liberdade sacrificada em nome da segurança tende a ser a liberdade dos *outros*[90]*.*

Bobbio[91] também escreve sobre esta "nova soberania", salientando que a colaboração internacional, cada vez mais intensa, está desgastando os poderes tradicionais dos estados soberanos. O autor destaca, ainda, que o maior golpe consistiu nas chamadas comunidades supranacionais, cujo objetivo é limitar

---

88 Cita-se como exemplo a ONU, a OEA, a Comunidade Européia, entre outras.

89 BAUMAN, Zigmunt. **Comunidade:** a busca por segurança no mundo atual. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 24.

90 BAUMAN, loc. cit.

91 BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de política**. 6. ed. Tradução de Carmem Varrialle et al. Brasília: Editora UnB, 1994.

fortemente a soberania interna e externa dos Estados-membros, de modo que as autoridades 'supranacionais' têm a possibilidade de conseguir que adequadas Cortes de Justiça definam e confirmem a maneira pela qual o direito 'supranacional' deve ser aplicado pelos Estados, em casos concretos.

Podemos afirmar a existência desta nova fase e a passagem do "direito internacional" ao "direito transnacional", donde emergem consequências da crise da soberania dos Estados nacionais sobre o conjunto das instituições, que acabam por levantar indagações sobre a possibilidade ou não de conceber um Estado de direito e uma democracia transnacionais.

Habermas[92] afirma que o grande desafio da "constelação pós-nacional" é o de estabelecer processos democráticos de tomada de decisão em que pese estes terem sempre se realizado no âmbito do Estado-nação.

Neste sentido, apesar de a sistemática prevista pela Organização das Nações Unidas estar fundada, entre outros, no princípio da igualdade soberana de todos os seus membros, percebe-se que não existe um modo de formação de "uma vontade geral" que venha representar os Estados de forma Democrática, ou seja, não existe uma "Democracia Transnacional Instituída".

Ademais, apesar de estar consagrado, em direito internacional, o princípio da igualdade soberana entre todos os Estados, não há como fechar os olhos para a flagrante desigualdade existente no que tange aos Estados que possuem lugar permanente no Conselho de Segurança das Nações Unidas, e a proibição de se

---

[92] HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-nacional.** Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. Segundo o autor, apesar de todo domínio político ser exercido sob a forma do Direito, há ordens jurídicas em que o exercício do poder político não se dá sob a forma do Estado de Direito, assim como há Estados de Direito em que o poder político não se exerce democraticamente: Em suma, há ordens jurídicas estatais sem instituições próprias a um Estado de direito, e há Estados de direito sem constituições democráticas.

aplicar qualquer sanção internacional a algum dos Estados que possuem lugar permanente no Conselho.[93]

Todavia, uma coisa é certa: estamos vivenciando uma nova concepção de soberania, pelo que vale lembrar o alerta de Paulo Márcio Cruz, ao dizer que a soberania da modernidade se soçobrou:

> Não é demais anotar que a noção de Estado Constitucional Moderno Soberano se transforma cada vez mais em uma peça de ficção. É um mero critério formal na caracterização do Estado. Vive-se, atualmente, o início do desaparecimento do Estado Constitucional Moderno e, em conseqüência, do próprio conceito de Soberania Moderna. Não é demais dizer que não há nada sob o sol que seja absolutamente novo e que simplesmente nos encontramos diante de uma nova fase do internacionalismo próprio do sistema capitalista. Mas parece ser um equívoco não avaliar que agora, pela primeira vez, estão criados uns espaços situados além das fronteiras nacionais e do Estado Constitucional Moderno, que estão articulados com âmbitos próprios de atuação, mesmo que, de vez em quando, tenham algumas fixações territoriais ou "nacionais", mas que também são relativas. Existem alguns poderes móveis, resistentes aos limites das fronteiras, que vivem nesses espaços sem lei, sem ordem, sem Rei nem caudilho. Alheios à Soberania Moderna. O Estado Constitucional Moderno, diz Isidre Molas,ao mesmo tempo em que viu a Sociedade diversificar suas reivindicações, fragmentou os espaços, que se superpõem em ordens diferentes e simultâneos, não necessariamente coerentes.[94]

O referido autor reflete sobre o desaparecimento do Estado Constitucional Moderno e do próprio conceito de soberania Moderna, que passa por transformações oriundas da nova fase do direito internacional hodierno.

Como resultado desse processo de transnacionalização do Estado Constitucional Moderno, enfatiza Paulo Marcio Cruz[95] que poderes que antes eram atribuídos ao Rei, à Nação, ao Povo ou ao Estado, são transferidos para outras esferas. Assim, segundo ele, muitos dos poderes do Estado Constitucional

---

93 O Conselho de Segurança da ONU possui quinze membros, dos quais cinco são permanentes e dez eleitos pela Assembléia Geral para um período de dois anos. Os membros permanentes são República Popular da China, Estados Unidos da América, Russia, França e Reino Unido. Informação disponível em: <http://www.onu-brasil.org>. Acesso em: 23 jun. 2008.

94 CRUZ, Paulo Marcio. **Soberania e Superação do Estado Constitucional Moderno**. Disponível em: <//www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_e_politica_paulo_marcio_cruz.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2007.

95 CRUZ, loc. cit.

Moderno, como o de legislar, tributar ou julgar, hoje, estão transferidos a outras instâncias.

Deste modo, é possível conceber uma dimensão relativizada da Soberania e da Constituição diante do processo de "mundialização". E, mesmo quando formalmente é mantida a autonomia do Poder Constituinte de cada Estado, não é menos correto reconhecer que a atuação das instituições supranacionais acaba por alterar mandamentos constitucionais de cada Estado.

Como consequência disso, passamos a vislumbrar que, com o processo de internacionalização dos direitos humanos, estariam os Estados-Nacionais superando a soberania enquanto poder ligado ao Estado Nacional, em prol de um constitucionalismo global[96]. No entender de Paulo Márcio Cruz: "As reformas constitucionais são, portanto, a melhor expressão da força integradora que obriga os Estados a mudarem sua própria Constituição para adaptá-la a processos de integração." [97]

Esse fato se tornou visível e a inserção do Estado Brasileiro nos sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos está relacionada a muitos outros fatores, dentre os quais destacamos: a crescente influência da ordem jurídica internacional nas ordens jurídicas nacionais; a "nova conceituação de soberania nacional" e a emergência do "indivíduo" como titular de direitos em âmbito internacional; a consolidação dos chamados direitos humanos em tratados internacionais, e o constitucionalismo contemporâneo brasileiro, que passaremos a abordar nos capítulos seguintes.

---

[96] Existência de uma Constituição material global formada por um *jus cogens* internacional integrado por valores comuns, ainda que poucos.

[97] CRUZ, Paulo Marcio. **Soberania e Superação do Estado Constitucional Moderno.** Acesso em: 30 ago. 2007.

CAPÍTULO 2

A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

2.1 DIREITOS HUMANOS E O PROCESSO NORMATIVO NO PÓS-SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

Atualmente, como visto, a temática referente aos direitos humanos coloca em questão a noção tradicional de soberania trazida pelo Direito Internacional Público.

É certo que a noção de direitos humanos acompanha a própria história das civilizações, e a universalidade desses direitos foi reconhecida pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão durante o processo da Revolução Francesa.

Contudo, adotamos como recorte histórico o período relativo ao pós-segunda guerra, com efeitos desencadeados a partir da universalidade desses direitos consagrados por diversos tratados internacionais, e a consequente integração ao direito interno dos Estados, pois a partir de então é que vislumbramos reflexos desse processo na soberania.[98]

Questionamos se os direitos humanos têm o condão de limitar a soberania estatal, seja pela incorporação desses tratados, sejam pelas modificações e reformas constitucionais ocorridas em diversos países, nas últimas décadas.

O processo iniciado pela Segunda Guerra Mundial, após os massacres e atrocidades decorrentes do fortalecimento do totalitarismo estatal da década de

---

[98] Sobre a evolução desses direitos, vide COMPARATTO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**, 2001.

1930, foi um marco temporal importantíssimo para o desenvolvimento e a consolidação desses direitos, em que "[...] a humanidade compreendeu, mais do que em qualquer outra época da História, o valor supremo da dignidade humana".[99]

Deste modo, conforme mencionado, ao final da Segunda Guerra, com a Carta de Criação das Nações Unidas, aprovada em São Francisco em 26 de junho de 1945, originou-se uma organização internacional, voltada à permanente ação conjunta dos Estados na defesa da paz mundial, incluída aí a promoção dos direitos humanos e das liberdades públicas (art. 1), que prometia solenemente a redação e a promulgação de uma Declaração que proclamasse os direitos humanos.

Esta Carta representou a criação e posterior desenvolvimento de um inédito sistema normativo e institucional, que objetivava conter os poderes dos Estados Nacionais através da pactuação em âmbito internacional.

Com tais propósitos, ao menos em tese, a noção dos Direitos Humanos deixou de ser um compromisso de cada Estado, individualmente, para passar ao *status* de princípio internacional, a inspirar as ações dos membros fundadores da Organização das Nações Unidas.

Sendo assim, segundo Comparato[100], decidiu-se, durante a sessão de 16 de fevereiro de 1946, que a Comissão de Direitos Humanos, a ser criada, deveria desenvolver seus trabalhos em três etapas: a primeira compreenderia a elaboração de uma declaração de direitos humanos; na segunda etapa, deveria ser produzido

---

[99] COMPARATTO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**, 2001, p. 54.

[100] Ibid., p. 225. Segundo este autor, as duas primeiras etapas já foram concluídas. A primeira consistiu-se na elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a segunda na elaboração dos pactos, e a terceira, entretanto, consistente na criação de mecanismos capazes de assegurar a universal observância desses direitos, ainda não foi completada, uma vez que o que se conseguiu, por enquanto, foi instituir um processo de reclamações junto à Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, objeto de um Protocolo facultativo, anexo ao Pacto sobre direitos civis e políticos.

um documento de maior vinculação do que uma simples declaração, e derradeiramente, como terceira etapa seria necessária a criação de um aparato adequado para assegurar o respeito a tais direitos em caso de violações.

Assim, na terceira sessão ordinária da Assembléia Geral da ONU, verificada em Paris, em 10 de dezembro de 1948, foi aprovada a "Declaração Universal dos Direitos Humanos", seguramente o documento de maior ressonância no século XX , em razão de que afirma Tobeñas:

> Foi esta Declaração um protesto e uma reação contra o desconhecimento e desprezo de tais direitos que haviam acompanhado, com tantas manifestações de barbárie, as duas guerras mundiais. Proclamam-se, uma vez mais, os direitos tantas vezes invocados; porém, agora, são formulados com as características novas e com a intenção de comprometer solenemente os Estados-membros do magno organismo internacional visando ao respeito efetivo dos direitos fundamentais, bastante especificados, da pessoa humana. [101]

Tal declaração veio a consagrar um consenso sobre valores de cunho universal a serem seguidos pelos Estados, fundamentados no respeito à dignidade humana, motivo pelo qual Lafer[102] dá grande ênfase à ruptura que veio a se caracterizar pela mudança ocorrida a partir do desenvolvimento desse sistema.

O ano de 1951 foi marcado pela importante decisão da Assembléia Geral de proceder a elaboração de dois pactos, cujos projetos foram concluídos em 1954, pela Comissão de Direitos Humanos, em que pese as dificuldades presentes nesta época, "[...] caracterizada pelos conflitos ideológicos gerados pela guerra fria

---

[101] TOBEÑAS, José Castan. Los derechos del Hombre. Madrid: Reus S.A, 1959, p.113, apud ARAGÃO, Selma Regina. **Direitos Humanos**: do mundo antigo ao Brasil de todos. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

[102] LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**, 1988, p. 145.

e também marcada pelo processo incipiente de descolonização, cujos impactos se podiam fazer sentir em seus trabalhos".[103]

Enfim, esta etapa somente se concluiu em 1966, com a aprovação dos dois Pactos, respectivamente sobre direitos civis e políticos, e outro sobre direitos econômicos, sociais e culturais, de modo a combinar o discurso "[...] liberal e o discurso social da cidadania", conjugando o "valor da liberdade" ao "valor da igualdade"[104].

Assim, a decisão de separar os Pactos em dois instrumentos, respectivamente sobre Direitos Civis e Políticos e sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, refletia, entre outros fatores, as diferenças ideológicas entre os sistemas capitalista e socialista.

Todavia, a indivisibilidade e unidade dos direitos humanos era reafirmada pela ONU, sob a fundamentação de que, "[...] sem direitos sociais, econômicos e culturais, os direitos civis e políticos só poderiam existir no plano nominal." [105]

Assim, em meio a este contexto (ápice da guerra fria) é que surge o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o qual acabou por elencar um rol de direitos civis e políticos, mais extenso que o constante na própria Declaração Universal de Direitos Humanos.

---

[103] J-B, Marie. La Comission des droits de l'homme de l'ONU. Paris: Pédone, 1975, p. 168, apud TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. v. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 39.

[104] Neste sentido, a afirmativa de Piovesan de que, além da universalidade dos direitos humanos, a Declaração de 1948 ainda introduz a indivisibilidade destes direitos, ao ineditamente conjugar o catálogo dos direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais, de modo a conjugar o discurso liberal da cidadania com o discurso social. PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 27.

[105] Ibid., p.162. Diversamente do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais não estabelece o mecanismo de comunicação inter-estatal, e nem tampouco, mediante Protocolo Facultativo, permite a sistemática das petições individuais. Em suma, o mecanismo de proteção dos direitos sociais, econômicos e culturais continua a se restringir à sistemática dos relatórios, embora a Declaração de Viena tenha recomendado a incorporação do direito de petição a esse Pacto, mediante a adoção de protocolo adicional.

Cançado Trindade destaca a importância da Declaração Universal de Direitos Humanos e dos Pactos, uma vez que para ele:

> [...] com os dois Pactos em vigor, concretizava-se a Carta Internacional dos Direitos Humanos, acelerava-se o processo de generalização da proteção internacional dos direitos humanos e abria-se o campo para a gradual passagem da fase legislativa à de implementação dos tratados e instrumentos internacionais de proteção.[106]

Entretanto, compartilhamos do entendimento de que a Declaração Universal dos Direitos Humanos não possui, tecnicamente, qualquer valor de obrigatoriedade para os Estados, como bem frisou o presidente Roosevelt, à época representante da Comissão de Direitos Humanos:

> [...] ela não é e não pretende ser um instrumento legal ou que contenha obrigação legal. É uma declaração de princípios básicos de direitos humanos e liberdades que será selada com aprovação dos povos de todas as nações[107]

Os direitos humanos, até então eram considerados somente de forma declaratória; consequentemente, seu valor é meramente moral, indicando diretrizes a serem seguidas nesse assunto pelos Estados, como bem assevera Buergenthal:

> A Declaração Universal não é um tratado. Ela foi adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas como uma resolução que não tem força de lei. A proposta, de acordo com o seu preâmbulo, era atingir um entendimento comum sobre direitos humanos e liberdades fundamentais referidos na Carta das Nações Unidas como um padrão de comportamento para todas as pessoas e nações.[108]

---

[106] TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos** , 1997, p. 35.

[107] Destaque-se, no entanto, o entendimento de Piovesan de que ainda que não assuma forma de tratado internacional, a Declaração de 1948 apresenta força jurídica obrigatória e vinculante por constituir a interpretação autorizada da expressão “direitos humanos” constante dos artigos 1 (3) e 55 da Carta da Nações Unidas, bem como por ter se transformado em direito costumeiro internacional. PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**, 1998, p.151.

[108] BUERGENTHAL, Thomas. **International Human Rights**. ST. Paul, Minnesota, West Publishing CO, 1988, p. 29. No original: “ The Universal Declaration is not a treaty. It was adopted by the UN General Assembly as a resolution having no force of law. Its purpose, according to its preamble, is

Assim, a importância da Declaração Universal reside no fato de ter servido como plataforma restauradora e implementadora no desenvolvimento do sistema normativo internacional[109], haja vista que, embora tenha vindo também a reiterar direitos anteriormente já declarados, abriu as portas para que surgissem novos instrumentos internacionais para a proteção dos direitos humanos, como bem assevera Eide[110]:

> A Declaração restaurou e consolidou um processo de desenvolvimento normativo surgido durante os séculos XVII e XVIII e que havia dado lugar às primeiras experiências constitucionais liberais, pois desde então havia-se enfrentado, cada vez mais, a reações do tipo conservador ou a ideologias coletivas não liberais. A Declaração ampliou assim mesmo e deu maior conteúdo aos conceitos inseparáveis de liberdade e igualdade, assim como a sua interrelação. Em relação às concepções tradicionais, ampliou o conteúdo dos direitos humanos, combinando as noções de direitos civis do século XVIII, dos direitos políticos do século XIX e de direitos econômicos e sociais do presente século.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 trouxe novos lineamentos na ordem pública mundial, calcada, sobretudo, no respeito à dignidade

---

to provide "a common understanding" of the human rights and fundamental freedoms referred to in the UN Charter and to serve "as a common standard of achievement for all peoples and all nations [...]"

109 "A partir da aprovação da Declaração Universal de 1948 e a partir da concepção contemporânea de direitos humanos por ela introduzida começa a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de inúmeros tratados internacionais voltados à proteção de direitos fundamentais." GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Coord.). O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 20.

110 EIDE, Asbjorn. La significación histórica de la Declaración Universal. Disponível em: <www.unesco.org>. Acesso em: 27 mar. 2001. (tradução da autora). No original: "La Declaración restauró y consolidó um proceso de desarrollo normativo surgido durante los siglos XVII y XVIII y que habia dado lugar a las primeras experiencias constitucionales liberales, pero que desde entonces se há visto enfentado, cada vez más, a reacciones de tipo conservador o a ideologias colectivas no liberales. La Declaración amplió asimismo y dio mayor contenido a los conceptos inseparables de libertad e igualdad, así como a su interrelación. Frente a las concepciones tradicionales, amplió el contenido de los derechos humanos, combinando las nociones de derechos civiles del siglo XVIII, de derechos políticos del siglo XIX y de derechos económicos y sociales del presente siglo."

humana, ao consagrar a universalidade[111] e a indivisibilidade dos direitos que tutelam a pessoa humana, de forma que acarretou modificações no conceito de soberania.

A proteção da pessoa humana ultrapassou as fronteiras iniciais do Direito Público, e o eixo valorativo é o da dignidade da pessoa humana, que passa a ser reconhecido tanto internacionalmente (tratados de direitos humanos), como em âmbito interno (nas constituições).

Dentro do contexto acima colocado, a maioria dos doutrinadores costuma atribuir à Declaração Universal dos Direitos Humanos o caráter de realização mais importante na construção do sistema universal. No entanto, conforme mencionado, a elaboração de um instrumento jurídico que desse caráter expressamente vinculante aos direitos consagrados na Declaração só veio a ocorrer em 1966, com a elaboração dos dois Pactos Internacionais.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, somada aos Dois Pactos Internacionais de 1966, formam a Carta Internacional dos Direitos Humanos, que inaugura o sistema global de proteção a estes direitos, o qual seria ampliado por outros tratados multilaterais de direitos humanos.

Deste modo, no decorrer dos anos, surge a necessidade de proteção a determinadas violações específicas de direitos, tais como genocídio, tortura, discriminação racial, discriminação contra a mulher, violações contra direitos da

---

[111] "A universalização da positividade dos direitos fundamentais quer através da generalização do 'catálogo' de direitos entendido como núcleo material das constituições escritas, quer através da internacionalização convencional dos direitos pessoais e políticos, dos direitos econômicos, sociais e culturais que apontam, decisivamente, para a idéia de que aqui reside uma última racionalidade moderna compatível com pretensões universalistas. Para além das práticas plurais e da pluralidade da posição dos observadores, os direitos fundamentais postulam um princípio universalista. Em síntese e para terminar: as normas de direitos fundamentais assentam na realização do princípio da universalização, porque uma norma não pode ter pretensão de validade a não ser que todas as pessoas que podem ser abrangidas por ela estejam (ou possam estar) de acordo enquanto participantes, numa discussão prática sobre a validade dessa norma." CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Teoria jurídico-constitucional dos direitos fundamentais, set. 2000, p. 40.

criança e outras. Em função disso, o sistema universal é composto por normas de proteção em âmbito geral e específico, como bem assevera Piovesan:

> O processo de internacionalização dos direitos humanos, conjugado com o processo de multiplicação destes direitos, resultou em um complexo sistema internacional de proteção, marcado pela coexistência do sistema geral e do sistema especial de proteção. O sistema geral e especial são sistemas de proteção complementares, na medida em que o sistema especial de proteção é voltado, fundamentalmente, à prevenção da discriminação ou à proteção de pessoas ou grupo de pessoas particularmente vulneráveis, que merecem proteção especial. Daí apontar-se não mais o indivíduo genérica e abstratamente considerado, mas ao indivíduo "especificado", considerando-se categorizações relativas ao gênero, idade, etnia, raça, etc.[112]

Assim, o sistema universal foi sendo ampliado, uma vez que a realidade colocou a necessidade de proteção para determinadas e específicas violações de direitos que foram objeto de diversos tratados multilaterais de direitos humanos.

Da mesma forma, paralelamente ao desenvolvimento do sistema universal, desenvolveram-se sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, como ensina-nos Piovesan:

> A partir da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 começa a ser delineado o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de importantes tratados de proteção dos direitos humanos, de alcance global (emanados da ONU) e regional (emanados dos sistemas europeu, interamericano e africano). Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal, os sistemas global e regional compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos, no plano internacional. Em face deste complexo aparato normativo, cabe ao indivíduo, que sofreu violação de direito, a escolha do aparato mais favorável. 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, estes 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.[113]

---

[112] PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Direitos Humanos**, 2006, p.181-182

[113] PIOVESAN. Flávia. **O Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/>. Acesso em: 07 out. 2007.

Segundo Souza Santos[114], é sabido que os direitos humanos não são universais na sua aplicação e, atualmente, são identificados quatro regimes de aplicação de direitos humanos: o europeu (no Conselho da Europa), o interamericano (na organização dos Estados Americanos), o africano (na Organização para a unidade Africana) e o asiático. Assim, paralelamente ao desenvolvimento do sistema global, surgem os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos.[115]

Cada um dos sistemas regionais de proteção possui um aparato jurídico próprio e, em que pese a existência de tal fato, os sistemas global e regional não são divergentes, mas sim complementares, de modo que o indivíduo que sofreu violações de direitos poderá optar pelo sistema que melhor lhe atenda os interesses, quando os mesmos direitos forem tutelados, tanto por instrumentos oriundos do sistema global, bem como pelo sistema regional.

Por conseguinte, podemos perceber que os direitos humanos tiveram a universalidade de valores reconhecidas no pós-segunda guerra, de sorte que, após este período, a progressiva incorporação desses direitos não ocorreu de forma linear, mas em movimentos descontínuos que expressam os conflitos e lutas políticas concernentes à consolidação desses direitos.

Em virtude disso, emergem duas consequências fundamentais, consoante ensinamento de Piovesan[116], quais sejam, a relativização da soberania do Estado em virtude da possibilidade de intervenção interna para a proteção desses direitos e da nova concepção do indivíduo como sujeito de direito internacional.

---

[114] SANTOS, Boaventura de Souza. **Por uma concepção multicultural de Direitos Humanos**, p. 250. Mimeografado.

[115] Destaca-se, ainda, a existência de um incipiente sistema árabe (Carta Árabe de Direitos Humanos, 1994).

[116] PIOVESAN, Flávia. **O sistema interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro**. São Paulo: RT, 2000. p. 19.

A tutela aos direitos humanos passa a ser preocupação supraestatal, global, extrapolando as fronteiras dos estados e ultrapassando suas barreiras territoriais, passando a constituir limite normativo da soberania do Estado Nacional.

Todavia, a ligação entre Direitos Humanos e Soberania é bastante complexa e contraditória como bem adverte Falk:

> O ponto central é que a soberania e os direitos humanos encontram-se ligados de formas complexas e contraditórias. A soberania pode servir como escudo ou pretexto para permitir que um governo se engaje em comportamento abusivo em relação aos seus cidadãos. Ao mesmo tempo, contudo, ele também pode proteger um governo progressista que esteja comprometido com a promoção do bem-estar econômico, social e cultural do seu povo contra uma intervenção com motivos geopolíticos que busque exercer pressão sobre um Estado mais fraco. Devido a essa natureza dúbia da soberania, com suas diversas variações, as questões levantadas sobre as relações entre soberania e direitos humanos em qualquer caso específico devem ser sempre consideradas em seu contexto mais amplo. Neste estágio de desenvolvimento da sociedade internacional, a soberania pode trabalhar contra ou a favor dos direitos humanos, dependendo das circunstâncias.[117]

Dentro desse contexto, marcado pelo pós-guerra, a doutrina da soberania Estatal é questionada, passando a ter que admitir limitações decorrentes das normas de proteção a esses direitos.

Com o advento da Internacionalização dos Direitos Humanos, a concepção de soberania como "poder ilimitado de um Estado que não reconhece a existência de outro igual", passa por um processo de enfraquecimento.

Ao passo em que os Estados assumem compromissos recíprocos em tratados e convenções internacionais, eles restringem sua soberania (em decorrência do constitucionalismo moderno), de forma que podemos identificar um limite interno à noção de soberania, que constitui a própria personalidade

---

[117] FALK, Richard. **Soberania e Direitos Humanos**: a busca da reconciliação. Disponível em: <www://usinfo.state.gov/journals/itdhr/0500/ijdp/falk.htm>. Acesso em: 26 set. 2007.

reconhecida do indivíduo, insculpida no princípio da dignidade da pessoa humana, e outro externo, pelo assentimento do próprio Estado.

2.2 A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A POSSIBILIDADE DE UM NOVO CONTRATUALISMO

Diante do que foi exposto anteriormente, podemos vislumbrar que o processo de internacionalização das normas de proteção aos direitos humanos nos remete à hipótese da tentativa de um "retorno ao contratualismo"[118], desencadeado no pós-Segunda Guerra Mundial.

Assim como cada indivíduo abriu mão de sua liberdade em troca de proteção, para melhor alcançar seus fins particulares, através da conclusão de um pacto hábil a ensejar a formação dos Estados, ele agora abre mão de parcela de sua liberdade (relativização da soberania) para criar uma comunidade supraestatal capaz de garantir a paz entre os Estados e, ao indivíduo, o respeito aos mais elementares "direitos fundamentais".

Percebemos que as duas guerras mundias, em especial, acabaram por desencadear o correspondente a "um estado de guerra" entre os Estados, de sorte que o século XX é descrito por Hobsbawn como "[...] o mais mortífero de toda

---

[118] "Sempre que é feita uma crítica acerba contra o contrato social, com a conseqüente afirmação da naturalidade do Estado; sempre que é refutada a antítese entre estado de natureza e estado civil, com a conseqüente concepção do Estado como continuação necessária da sociedade familiar, isso ocorre por obra de escritores reacionários (entendo por reacionários os que são hostis às grandes mudanças econômicas e políticas de que foi protagonista a burguesia). São exemplos típicos Robert Filmer, um dos últimos defensores da restauração monárquica depois da Revolução Inglesa, e Carl Ludwig Von Haller, um dos mais conhecidos escritores políticos depois da Restauração depois da Revolução Francesa." In: BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo, **Sociedade e estado na filosofia política moderna**, 1986, p. 46.

história documentada."[119]. De acordo com o autor, o número total das mortes causadas pelas guerras do século, ou associadas a elas, foi estimado em 187 milhões de pessoas, o que seria equivalente a mais de 10% da população mundial em 1913.

Esses horrores e atrocidades gerados pelo "estado de guerra dos Estados" fizeram com que surgisse a necessidade de criação de órgãos capazes de garantir o respeito aos direitos humanos fundamentais, e no dizer de Marques:

> Assim, os anos que se seguiram à Segunda Guerra corresponderam a um período em que, por via dos processos de descolonização, o "modelo" soberano se universalizava e, simultaneamente, se consolidavam as formas jurídicas e a compreensão política de que os direitos tidos como mais importantes não poderiam estar à mercê desta "ilimitada" capacidade do Estado de decidir sobre suas ações. Ou seja, a compreensão de que a proteção "mínima" do indivíduo não poderia estar dependente da existência de um vínculo com um ente "soberano", mas precisaria ser, ao contrário, salvaguardada daquela esfera.[120]

O desenvolvimento destes sistemas acarretou a flexibilização do conceito de soberania, pelo que trazemos os ensinamentos de Piovesan:

> Essa concepção, por si só, que vem fomentada a partir de 1945, enseja duas revoluções: a primeira revolução na noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa desde aí a sofrer um processo de relativização e flexibilização. Só há direitos humanos, globais, internacionais, universais, com soberania flexibilizada. Caso contrário, não há como projetar esse tema na agenda internacional. A segunda revolução é a idéia de que nós, cidadãs e cidadãos, temos direitos protegidos aqui, no âmbito interno, mas também no âmbito internacional.[121]

---

[119] HOBSBAWM, Eric. **Globalização, democracia e terrorismo**, 2007, p. 21.

[120] MARQUES. Elídio Alexandre Borges. **Imperialismo e Direitos Humanos no século XXI:** restrições legais e violações diretas às liberdades individuais na atual fase de acumulação capitalista. 2007. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007, p. 33.

[121] Texto baseado nas notas taquigráficas de conferência proferida no Seminário Internacional "O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira", promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 30 de setembro de 1999, no auditório do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília – DF. Cf. PIOVESAN. Flávia. **Princípio da Complementariedade e Soberania.** Brasília, 1999.
Disponível em: < http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/textos/tpi_piovesan.html>. Acesso em: 27 ago. 2007.

Da mesma forma, Nogueira corrobora a idéia de que a soberania se redefiniu, assumiu nova forma e já não pode mais ser proclamada em termos territoriais e absolutos, mas sim uma "soberania compartilhada", que se traduz, segundo o autor, em um elemento ambíguo e contraditório, por meio do qual os Estados mantêm-se vivos, mas paradoxalmente mais fracos: "[...] os Estados se projetam como atores do mundo global mas, em contrapartida, cedem importantes fatias de seu poder."[122]

Assim, podemos vislumbrar a possibilidade dos Estados de estabelecerem um novo contrato social, agora "supraestatal". Ao retomar as idéias dos principais teóricos contratualistas para esta nova situação, desencadeada no pós-Segunda Guerra Mundial, devemos refletir sobre alguns aspectos fundamentais.

Primeiramente, resta bastante claro que o estado de natureza dos Estados, conforme já exposto anteriormente, constitui um estado de guerra permanente[123], e, sobretudo, de tentativa de dominação dos Estados "mais fortes" sobre os "mais fracos", em busca do lucro, poder e glória, cujo modelo já fôra descrito por Hobbes.

Diante de uma analogia ao modelo Hobbesiano (liberdade natural), os Estados agora renunciam à liberdade estatal[124] e ao uso da "força individual/estatal". E, até de forma incipiente, subsidiária e complementar (tribunais internacionais): o direito de fazer justiça por si mesmo (Locke).

---

[122] NOGUEIRA, Marco Aurélio. Segurança Nacional, Soberania e Sociedade Civil. **Perspectivas**, São Paulo, v. 30, p. 99-120, 2006. (p.110 e 111).

[123] " Em primeiro lugar, a linha que separa os conflitos entre os países e os conflitos no interior dos países, ou seja, entre guerras internacionais e guerras civis, tornou-se difusa porque o século XX teve como característica, não só guerras, mas também dissoluções e desmembramentos de impérios. As revoluções ou as lutas de libertação, no interior dos Estados, tinham implicações para a situação internacional, particularmente durante a Guerra Fria. In: HOBSBAWM, Eric. **Globalização, democracia e terrorismo**, 2007, p. 26.

[124] Como hipótese de avanço civilizatório.

A finalidade em razão da qual os Estados instituem os pactos Internacionais seria a segurança do Estado e dos indivíduos, capaz de garantir os Direitos Humanos. Somente estariam "protegidos" aqueles que fazem parte do pacto. Coloca-se, assim, os problemas sobre as limitações do poder frente aos Estados que não fazem parte do pacto.

Ao menos formalmente, aqueles que estão dentro do pacto estariam seguros e os que estão fora do pacto "permaneceriam em estado de guerra" (ainda que preventiva e não declarada) para com os Estados não pactuantes:

> Como pode o mundo confrontar – ou conter-Os Estados Unidos? Alguns, acreditando não ter poder para confrontá-los, preferiram aderir. Mais perigosos ainda estão aqueles que detestam a ideologia do Pentágono, mas apóiam o projeto americano acreditando que seu avanço eliminará injustiças locais e regionais. Isso pode ser chamado de imperialismo dos direitos humanos e foi alimentado pelo fracasso da Europa nos Bálcãs, na década de 1990.[125]

Fato é que o Estado-Nação se revelou incapaz de promover "segurança" e garantia aos direitos humanos, donde emergiu a necessidade de um "novo contrato social supranacional":

> Falar em segurança nacional, hoje, só faz sentido se a expressão for requalificada. Não se trata mais de garantir a autonomia e o bem estar das comunidades vis-à-vis as outras comunidades, protegê-las mediante ações de isolamento, fechá-las ao contato com o mundo ou fortalecê-las diante de seus "inimigos". Trata-se sim de criar as condições – dentro e fora dos Estados- para que as comunidades ascendam a níveis superiores de vida, se integrem e coexistam em paz, para além de limitações territoriais ou imposição de força e normas de exclusão. Não há como se sentir absolutamente seguro num mundo assentado sobre desníveis monumentais entre países, grupos e pessoas. A segurança só será resposta na atualidade sobre a base de um novo e consistente pacto internacional.[126]

---

[125] HOBSBAWM, Eric. **Globalização, democracia e terrorismo**, 2007, p. 160.
[126] NOGUEIRA, Marco Aurélio. Segurança Nacional, Soberania e Sociedade Civil, 2006, p.112-113.

A idéia de segurança, preconizada inicialmente pelas Nações Unidas, acabou por revelar, posteriormente, uma nova relação de poder e dominação dos Estados mais fortes sobre os mais fracos. Neste sentido, Danilo Zolo[127] vem a constatar a existência de uma guerra global preventiva, teorizada e praticada pelos Estados Unidos e seus aliados ocidentais mais afins contra os países que resistem a sua pretensão hegemônica planetária.[128]

A estratégia da guerra preventiva[129] utilizada pelos Estados Unidos acabou por tornar o mundo ainda mais inseguro, como bem apregoa Nogueira:

> Ao hipertrofiar a idéia de segurança e vinculá-la simplesmente ao uso da força e da agressão, fez com que a idéia de liberdade e democracia sofresse uma reconfiguração e perdesse o valor. Em vez de se reiterar

---

127 ZOLO. Danilo. **La Justicia de Los Vencedores**: de Nuremberg a Bagdad. Tradução de Elena Bossi. Buenos Aires: Edhasa, 2007, p. 27.

128 Neste sentido, vide MARQUES, Elídio Alexandre Borges**. Imperialismo e Direitos Humanos no século XXI**: restrições legais e violações diretas às liberdades individuais na atual fase de acumulação capitalista. Universidade Federal do Rio de Janeiro, dezembro de 2006. Disponível em: portal CAPES/Teses, p. 29- 30. Acesso em: 20 de out. de 2008.O autor adverte sobre a possibilidade de uso dos direitos humanos como discurso justificador das práticas Imperialistas, sendo que tal busca concretiza-se, entre outros mecanismos, pela apresentação de um discurso justificador das políticas dos países centrais nas áreas, países e setores que procuram controlar, visando a obter a adesão de setores sócio-políticos importantes e a enfraquecer os eventuais movimentos de resistência em ambos os casos, tanto no plano externo quanto no plano interno: "Os detentores diretos do poder político dos Estados imperialistas, notadamente seus porta-vozes mais visíveis, buscam a adesão de camadas significativas das populações de seus países (e, em alguma medida, também dos países que pretendem ter como aliados) para suas ações políticas externas, inclusive as de caráter intervencionista. Nesta empreitada, recebem o auxílio de correntes intelectuais instaladas nas universidades e nas colunas dos principais veículos "formadores de opinião". Na produção do que chamaremos de "retórica justificadora", os ideólogos do imperialismo contemporâneo – governantes e intelectuais stricto sensu – sabem que precisam mobilizar "valores" e "idéias compartilhadas" amplamente difundidas nas sociedades que governam (e, de preferência, também nas que pretendem ter como aliadas ou sob seu domínio). É a partir desta necessidade que se pode compreender a trajetória da utilização da idéia de proteção aos Direitos Humanos como justificadora de ações intervencionistas de caráter imperialista. O mesmo se pode afirmar acerca do uso freqüente e quase sempre simultâneo de uma noção, ainda que de contornos bastante imprecisos, de "democracia".

129 Ao descrever a guerra dos Estados Unidos contra a Nicarágua, Hinkelammert ilustra sua tese nos seguintes termos: "Interpretando-a nos termos da tradição lockiana, o governo dos Estados Unidos sente-se na situação a priori legítima de uma guerra justa, na qual a Nicarágua, ao questionar as relações capitalistas de produção, cometeu um crime objetivo de lesa-humanidade. Em conseqüência, é agressor, faça o que faça. Para dar a essa legitimidade uma aparência empírica, inventam-se incidentes correspondentes que servem para manipular a opinião pública, de maneira que as convicções a priori e os fatos empíricos aparentes se mesclam de tal modo que o mundo se convence que a pequena Nicarágua agrediu o gigante Estados Unidos, que, com toda a justiça, devolve os ataques. Não há banho de sangue que não seja justificado nesse esquema, e sempre sua legitimidade se radicará na defesa dos direitos humanos." HINKELAMMERT, Franz. Democracia. In: PRONER, Carol. **Os Direitos Humanos e seus Paradoxos**, 2002, p.62.

> que a democracia traz consigo a hipótese mesma da superação da guerra, voltou-se a estabelecer que a guerra seria um pré-requisito para o alcance da democracia e a garantia da liberdade. Uma nova onda de ceticismo, insegurança e pessimismo ergueu-se no horizonte: como manter e desenvolver a democracia (direitos, liberdades, participação) e, ao mesmo tempo, combater a violência? Não seria o caso de de voltar a privilegiar a segurança como valor supremo e a deixar a democracia para um segundo momento?[130]

Assim, o contrato social supraestatal cedo revelaria uma relação paradoxal envolvendo a segurança e a liberdade dos Estados, na busca da promoção dos direitos humanos, uma vez que os Estados poderosos, na prática, não estão efetivamente dispostos a "abrir mão da sua liberdade" e se submeter às cogências oriundas dos Pactos.

No dizer de Bauman, em troca da segurança prometida, a vida em comunidade acaba por prejudicar a liberdade, de sorte que segurança e liberdade são dois valores preciosos, mas "é pouco provável que sejam plenamente conciliáveis":

> Há um preço a pagar pelo privilégio de viver em comunidade" – ele é pequeno e invisível só enquanto a comunidade for um sonho. O preço é pago em forma de liberdade, também chamada "autonomia", "direito à auto-afirmação e "a identidade". Qualquer que seja a escolha ganha-se alguma coisa e perde-se outra, não ter comunidade significa não ter proteção, alcançar a comunidade, se isto ocorrer poderá em breve perder a liberdade.[131]

Daí a indignação de Danilo Zolo, ao criticar a incapacidade das instituições internacionais para entrar em conflito com as estruturas de poder existentes: "[...] a soberania dos Estados, sua igualdade jurídica, a não ingerência na jurisdição interna e a regulação da guerra tendem a cair nas mãos dos mais fortes" [132].

---

[130] NOGUEIRA, Marco Aurélio. Segurança Nacional, Soberania e Sociedade Civil, 2006, p.116.
[131] BAUMAN, Zigmunt. **Comunidade**, 2003, p. 10.
[132] ZOLO, Danilo. **La Justicia de Los Vencedores,** 2007, p. 27.

Todavia, o século XXI veio a revelar maior gravidade no tocante a este quadro dramático e paradoxal, e no dizer de Nogueira, "[...] nunca o mundo foi tão inseguro" [133].

Segundo o referido autor, depois do 11 de setembro de 2001, alterou-se a qualidade das tensões que opõe povos e Estados, com novas formas de terrorismos, "Vive-se com a impressão de que a segurança (pessoal, nacional, financeira, patrimonial) já não seria mais possível, ou só seria ao preço da liberdade e do respeito aos direitos humanos."[134]

Verifica-se, assim, em que pesem os esforços impingidos, que ainda não existe efetividade nesses meios de garantia da segurança em nível supranacional, pela própria ausência de um efetivo poder cogente internacional, o que também ocorre pela ausência de espaços democráticos, em âmbito internacional, capazes de limitar o poder imperial dos Estados dominantes.

Neste diapasão, ensina-nos Bobbio[135] que as atividades relacionadas à tutela dos direitos do homem podem ser consideradas sob três aspectos: promoção, controle e garantia, sendo que a promoção compreende o conjunto de ações orientadas para um duplo objetivo: a) induzir os Estados que não têm uma disciplina específica para a tutela dos direitos do homem a introduzi-la; b) induzir os que já tem a aperfeiçoá-la.

Por atividades de controle, entende o autor serem o conjunto de medidas que os vários organismos internacionais põem em movimento para verificar se, e em que grau, as recomendações foram acolhidas; se, e em que grau, as convenções foram respeitadas, citando exemplificativamente os mecanismos de relatórios e as comunicações interestatais.

---

[133] NOGUEIRA, Marco Aurélio. Segurança Nacional, Soberania e Sociedade Civil, 2006, p. 101.
[134] Ibid., p. 100.
[135] BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 39-40.

Já as atividades de garantia, para Bobbio, compreenderiam a organização de uma autêntica tutela jurisdicional, em nível internacional, que substitua a nacional quando aquela for insuficiente ou até mesmo inexistente.

Deste modo, podemos afirmar que a implementação do Tribunal Criminal Permanente faz com que o sistema global passe a dispor de um pretenso mecanismo de garantia para a proteção de direitos assegurados em âmbito internacional (o que evita a implementação de tribunais de exceção), uma vez que, até então, o mesmo só possuía atividades de promoção e controle.

No entanto, ainda estamos longe de poder dizer tratar-se, efetivamente, de um poder cogente internacional, uma vez que a jurisdição do Tribunal é subsidiária e complementar, bem como depende ainda da submissão dos Estados Pactuantes à jurisdição do Tribunal.

Em virtude disso, alerta Nogueira[136] que, no sistema atual, os Estados nacionais vivenciam uma situação de insegurança permanente em detrimento da falta de um poder comum, um 'Terceiro', acima das partes, que contemple suficiente poder coercitivo.

Este poder que deveria existir é substituído, segundo o citado autor, pela política de potência, ou seja, pela hegemonia norte-americana, com todos os efeitos funestos dela decorrentes.

Da mesma forma não existe ainda possibilidade de uma democracia transnacional:

> A crise amplamente noticiada em torno da credibilidade das Nações Unidas é muito menos dramática do que parece, uma vez que a ONU nunca foi capaz de operar de maneira mais do que marginal, devido à sua total dependência do Conselho de Segurança e do poder de veto dos Estados Unidos.[137]

---

[136] NOGUEIRA, Marco Aurélio. Segurança Nacional, Soberania e Sociedade Civil , 2006, p.104.
[137] HOBSBAWM, Eric. **Globalização, democracia e terrorismo**, 2007, p. 160.

Todavia, sem embargo dessa idéia, mas dentro desse contexto que surge no pós-guerra, é que passamos a admitir a possibilidade da redefinição/relativizaçao da Soberania Estatal. A partir de então, passam a existir organizações supraestatais, com o fim de tornar o "homem seguro", de proteger os mais elementares direitos humanos, ainda que o desenvolvimento desse sistema seja tensionado pelas relações de poder existentes entre os Estados.

Estamos diante de um processo de criação de um direito supranacional, ou seja, simplesmente humano, de forma que a garantia desses direitos depende de "[...] uma limitação efetiva da soberania dos Estados por meio da introdução de garantias jurisdicionais contra violações de paz e dos direitos humanos"[138], como bem adverte Ferrajoli:

> A primeira indicação é a hipótese do totus orbis (mundo inteiro) – a da humanidade, no lugar dos antigos Estados, como referencial unificador do direito – hipótese que hoje pode ser realizada por meio de um constitucionalismo mundial, capaz de oferecer, às várias cartas dos direitos fundamentais de que a comunidade internacional já dispõe, aquelas garantias jurídicas de cuja falta depende a ineficácia destas. Se quisermos que tais cartas sejam levadas a sério, como normas e não como declarações retóricas, faz-se necessário que essa falta de garantias seja reconhecida, pela cultura jurídica e política, como uma lacuna, cujo preenchimento é obrigação da ONU e, portanto, dos estados que a esta aderem.[139]

Pode-se dizer, portanto, que muitos foram os avanços no plano internacional normativo relativo aos direitos humanos, na ânsia de se chegar a um equivalente ao "contrato social supraestatal"; contudo, tratando-se de questão que envolve liberdade e poder/soberania, a busca por segurança e respeito aos direitos fundamentais tornou-se paradoxal.

---

[138] FERRAJOLI, Luigi**. A Soberania no Mundo Moderno**, 2002, p. 54.
[139] Loc. cit.

2.3 A LIMITAÇÃO DA SOBERANIA PELA DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS

Ensina-nos Moraes[140] que a noção de direitos fundamentais é mais antiga que a idéia de constitucionalismo, o qual consagrou a necessidade de insculpir um rol mínimo de direitos humanos em um documento escrito, derivado diretamente da soberana vontade popular.

Assim, de um modo geral, existe um consenso doutrinário que aponta para uma ligação entre o surgimento do constitucionalismo e o surgimento dos Direitos Humanos, através da subjetivação e positivação dos direitos dos indivíduos com sua enunciação constitucional, válida para os indivíduos dos respectivos Estados, sendo que as constituições democráticas passaram a trazer um capítulo em que são subjetivados e positivados os direitos fundamentais do homem.

Todavia, a grande ruptura ocorreu em virtude do fim da Primeira Guerra Mundial e após a Segunda Guerra, pois até então, em relação à comunidade internacional, os Estados soberanos eram os únicos atores a fazerem parte do cenário mundial.

A questão relativa aos Direitos Humanos interfere e produz refexos na Soberania Estatal, ao passo em que o Estado Nacional muitas vezes necessita alterar as próprias normas Constitucionais para poder dar cumprimento ao disposto nos tratados a que se vinculou.

O processo de universalização é, portanto, bastante recente na história do direito, de sorte que o emergente Direito Internacional dos Direitos Humanos proclama obrigações aos Estados para todas as pessoas humanas, independente

---

[140] MORAES. Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1 a 5 da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

de ser “nacional” de um determinado Estado, instituindo o dever de respeito e proteção por parte de todos os Estados.

Neste contexto, o reconhecimento e a proteção aos direitos humanos aparecem como limitações à concepção de soberania estatal na forma como era tradicionalmente concebida, como reitera Piovesan:

> E assim, implicaram em uma verdadeira revolução do direito internacional: em uma única geração, um novo Código Internacional foi desenvolvido, enumerando e definindo direitos humanos e liberdades fundamentais, para todos os seres humanos, em qualquer parte do mundo, e, a partir de então, esses direitos não mais puderam ser concebidos como generosidade dos Estados soberanos, mas passaram a ser inerentes ou inalienáveis, e portanto não poderiam ser reduzidos ou negados por qualquer motivo.[141]

A grande distinção, portanto, em relação às normas referentes aos direitos humanos, é que, diferentemente das outras normas internacionais que visam regulamentar as relações entre Estados Soberanos, aquelas, pelo princípio da universalização, passam a regulamentar as relações entre os indivíduos e os Estados Soberanos, de modo que o próprio Estado–Nação pode ser responsabilizado por violações aos Direitos Humanos em detrimento de seus próprios cidadãos.

Salienta-se, dessa forma, que a universalização aponta para a necessária compreensão de que cada ser humano é dotado de uma dignidade, de um mesmo valor, independentemente de quaisquer distinções, sendo que a condição de pessoa é o requisito único para a dignidade e a titularidade de direitos.

Disso decorre a primazia do valor dignidade como paradigma a orientar o constitucionalismo contemporâneo, alicerçado na idéia de que a proteção aos direitos humanos não deve ficar restrita ao domínio reservado do Estado-Nacional.

---

[141] PIOVESAN, op.cit., p. 07

A nova forma de conceber a realidade aponta para duas consequências, quais sejam: a de que o indivíduo passa a ser sujeito de direitos também no plano internacional; e a segunda, a emergência de uma nova concepção de soberania em prol da proteção aos direitos humanos, donde ocorre o deslocamento da concepção hobbesiana de soberania (centrada no Estado) para uma concepção Kantiana (centrada na cidadania universal).

Surge, assim, o chamado cosmopolitismo, que apregoa, neste contexto, os Estados deixarem de execer poderes soberanos e se tornarem-se unidades administrativas melhor elaboradas dentro de uma organização política mundial, e uma nova ordem político-jurídica substituíria a obsoleta ordem pluralista do sistema de Estados.

Dentro desta perpectiva, devemos destacar ainda o chamado "cosmopolitismo de valores", que apregoa um conjunto de valores que transcende as fronteiras nacionais, em razão de estar relacionado com o próprio ser humano.[142]

Participam dessa corrente, dentre outros, Boaventura de Sousa Santos, Edgar Morin, Michel Serres, Milton Santos, Rogério Portanova, Fritjop Capra. Para eles, os direitos humanos independem de território específico, o ser humano é concebido como cidadão do mundo (cidadania planetária) e reconhecem valores que devem estar acima de qualquer direito estatal e de qualquer ordem mundial capitalista.[143]

Já para a corrente que apregoa o "cosmopolitismo normativo", a soberania estatal continua tendo grande relevância para garantir autonomia e independência em face de outros Estados e organismos internacionais. Todavia, o princípio da

---

[142] Neste sentido, vide PRONER, Carol. **Os Direitos Humanos e seus Paradoxos**, 2002, p. 32-35.
[143] PRONER, op. cit.

soberania deve ser revisto face aos direitos humanos, devido a natureza desses direitos ser superior ao direito estatal.[144]

Para esta corrente, o Estado tem o dever de respeitar os direitos humanos, não podendo se abster sob a alegação do princípio da não-intervenção e da própria soberania. São adeptos dessa corrente Cançado Trindade e Thomas Buergenthal, os quais acreditam no aprimoramento normativo dos órgãos internacionais, que pode garantir maior efetividade aos sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos.[145]

A proteção aos Direitos Humanos produz reflexos na Soberania Nacional, ao mesmo tempo em que surge a idéia de justiça cosmopolita[146], pautada num padrão mínimo internacional a ser observado pelos Estados em relação ao tratamento para com os indivíduos, independentemente de serem nacionais seus ou de outro país.

Neste sentido, assevera Habermas:

> O direito democrático à autodeterminação inclui, sem dúvida alguma, o direito à preservação de uma cultura política própria, que forma um contexto concreto para os direitos dos cidadãos. [...] No quadro da constituição de um Estado democrático de direito, podem coexistir, em igualdade de direitos, variadas formas de vida. Elas devem, no entanto, entrelaçar-se no espaço de uma cultura política comum, a qual está aberta a impulsos oriundos de novas formas de vida. Somente uma cidadania democrática, que não se fecha num sentido particularista, pode preparar o caminho para um status de cidadão do mundo, que já começa a assumir contornos em comunicações políticas de nível mundial. [147]

---

144 PRONER, Carol. **Os Direitos Humanos e seus Paradoxos**, 2002.

145 PRONER, op. cit.

146 Habermas assevera que não é fortuito que, na comunidade cosmopolita, a moldura normativa constitua-se apenas de “direitos humanos” (normas jurídicas com conteúdo exclusivamente moral). Ele reitera que “enquanto a solidariedade civil se enraíza em uma identidade coletiva particular respectiva, a solidariedade cosmopolita deve apoiar-se apenas no universalismo moral expresso nos direitos humanos”. In: HABERMAS. Jurgen. **A Constelação Pós-nacional**, 2001. p. 138.

147 HABERMAS. Jurgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. v. 2. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997, p. 289.

Ensina-nos Rodrigues[148] que a tensão entre o modelo westphaliano – baseado nos pilares da não intervenção, soberania nacional e independência –, e a busca de uma ordem cosmopolita se asseveram quando o debate é relativo aos direitos humanos; todavia, salienta o autor que a idéia de direitos humanos universais é paradoxal, pois em razão da relatividade cultural, depreende-se que devem haver diferentes concepções de direitos humanos em culturas distintas.

O debate entre os universalistas e os relativistas culturais é questão que sempre vem sendo levantada pela doutrina[149], de sorte que, para os universalistas[150], os direitos humanos decorrem da dignidade humana enquanto valor inerente à condição humana (mínimo ético irredutível).

Em outro sentido, os relativistas apontam para a impossibilidade de se compatibilizar a universalidade dos direitos humanos com o pluralismo cultural presente nas sociedades contemporâneas, sendo que os valores e as demandas da cultura ocidental impedem a universalidade desses mesmos.[151]

Para os relativistas, cada cultura possui valores diferentes a respeito dos direitos fundamentais, relacionados às circunstâncias histórico-culturais de cada sociedade:

> Para os relativistas diferentes sociedades atravessam diferentes sistemas de crenças morais, dependendo de muitas coisas como sua história, tradições, circunstância geográficas e visões de mundo. Não temos explicação [...] Os relativistas admitem que os diferentes sistemas de

---

148 RODRIGUES, Simone Martins. **Justiça Restaurativa, Dialogia e Reestruturação Social**: Tribunais Internacionais e Comissões de Verdade na África. Instituto Universitário de Pesquisa do Rio de Janeiro, 2004. Disponível em: <www.iuperj.br.teses>. Acesso em: 12 out. 2007.

149 Neste sentido, SANTOS, Boaventura de Souza. **Por uma concepção multicultural de Direitos Humanos,** p. 239-277. Mimeografado.

150 Ante estas duas formas paralelas, Herrera Flores (apud PIOVESAN, 2006) propõe um universalismo de contrastes, de resistência, que negue o universal como ponto de desencontro e o considere apenas processo. Para ele, é a partir da confrontação intercultural que seria possível aproximar-se de um universal válido na luta por direitos humanos.

151 Segundo Souza Santos, todas as culturas são relativas, mas o relativismo cultural enquanto posição filosófica é incorreto e o universalismo cultural enquanto posição filosófica também é incorreto. SANTOS, Boaventura de Souza. **Por uma concepção multicultural de Direitos Humanos,** p. 253. Mimeografado.

> crenças às vezes convergem num consenso sobre um corpo de valores, mas negam significado moral a esse consenso.[152]

Ensina-nos Paulo Márcio Cruz[153] que, para conseguir uma maior efetividade na proteção internacional dos direitos humanos, em algumas áreas preferiu-se elaborar acordos de alcance geográfico limitado, incluindo países que, por suas características culturais e políticas muito próximas, facilitem a adoção de legislações comuns neste sentido, com um controle supranacional efetivo.

Neste contexto, deve-se destacar o posicionamento de Souza Santos[154], que apregoa a necessidade de superação do debate sobre universalismo e relativismo cultural, a partir da transformação cosmopolita de direitos humanos. Para o autor, os direitos humanos tem de ser reconceituados como multiculturais, para compor um multiculturalismo emancipatório, através do diálogo intercultural, na medida em que todas as culturas possuem concepções distintas de dignidade humana.

Deixando de lado esta contenda[155], é certo que o respeito aos direitos humanos pressupõe também a abertura das ordens jurídicas nacionais ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, o que demanda uma nova

---

[152] "For the relativist, different societies throw up different systems of moral beliefs depending on such things as their history, traditions, geographical circumstances, and views of the world. We have no means [...]. The relativist admits that different systems of beliefs sometimes converge and agree on a body values, but denies moral significance to such a consensus." PAREKH. Bhikhu. Non-ethnocentric universalism. In: DUNNE, Tim; WHEELER, Nicholas J. (Ed.) **Human Rights in Global Politics**. Cambridge: Cambridge University Press, [s.d.], p. 128.

[153] CRUZ, Paulo Marcio. **Soberania e Superação do Estado Constitucional Moderno**. Destaca ainda o autor que são exemplos deste tipo de acordo "localizado" a Convenção Americana dos Direitos do Homem, que passou a ser conhecida como Tratado de San Jose da Costa Rica, firmado em 1969 e, principalmente, a Convenção Européia para a Salvaguarda dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, cujo acordo foi assinado em Roma no dia 04 de novembro de 1950.

[154] SANTOS, Boaventura de Souza. **Reconhecer para libertar**: Os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

[155] Neste sentido, vide Charles Taylor. O autor indaga como seria possível chegar a um consenso global de direitos humanos padronizados: "What would it mean to come to a genuine, unforced international consensus on human rights? I suppose it would be something like what John Rawls describes in his Political Liberalism as an "overlapping consensus [...]" TAYLOR, Charles. **The Philosophy of Human Rights. A World Consensus on Human Rigths?** p. 409. Mimeografado.

interpretação dos princípios clássicos, tal como a soberania, sendo necessária sua relativização, como bem adverte Canotilho:

> O poder Constituinte dos Estados e, conseqüentemente, das respectivas Constituições nacionais, está hoje cada vez mais vinculado a princípios e regras de direito internacional. É como se o Direito Internacional fosse transformado em parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais (cujas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas do jus cogens internacional). O Poder Constituinte soberano criador de Constituições está longe de ser um sistema autônomo que gravita em torno da soberania do Estado. A abertura ao Direito Internacional exige a observância de princípios materiais de política e direito internacional tendencialmente informador do Direito Interno.[156]

Em relação a ordem jurídica nacional, cumpre fazer uma distinção, frequentemente apontada na doutrina, da existência de uma diferenciação conceitual entre direitos humanos e direitos fundamentais, embora comumente utilizados como sinônimos, de sorte que o termo direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado.

Já a expressão direitos humanos guardaria relação com o direito internacional, por referir-se ao reconhecimento do ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, almejando validade universal para todos os povos e tempos, o que revela um caráter supranacional:

> Os direitos humanos constituem-se em prerrogativas decorrentes da própria condição humana, devendo ser assegurados a todos independentemente de fronteiras ou de localização geográfica; seu conteúdo se apresenta sob a forma de normas gerais aplicáveis em qualquer ponto do planeta. Não se restringem ao ordenamento jurídico das nações porque estão acima da vontade política dos governantes e dos próprios povos soberanos, não parecendo admissível que direitos

---

[156] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p.1217-1218.

> inerentes à qualidade da pessoa enquanto ser humano sejam tratados de maneiras diversas aqui ou acolá.[157]

Tais direitos, no entender de Sen[158], não são concedidos porque se é cidadão de um país ou se pertence a uma nação, mas pertencem por direito a toda a humanidade. Isso diferencia-os dos direitos criados constitucionalmente, garantidos a determinadas pessoas como, por exemplo, os cidadãos americanos ou franceses.

E, neste contexto, reiteramos os contornos de uma nova forma de se conceber a soberania nacional, em face do reconhecimento dos direitos humanos, pois emergem formas de responsabilização do Estado, em âmbito internacional, quando as instituições nacionais se mostram omissas na proteção dos direitos humanos assegurados em âmbito internacional, como bem nos ensina Piovesan:

> Com efeito, se, no exercício de sua soberania, os estados aceitam as obrigações decorrentes dos tratados de direitos humanos, passam então a se submeter à autoridade das instituições internacionais, no que se refere à tutela e fiscalização desses direitos em seu território. Sob esse prisma, a violação de direitos humanos constantes dos tratados, por significar desrespeito a obrigações internacionais, é matéria de legítimo e autêntico interesse internacional, o que vem a flexibilizar a noção tradicional de soberania nacional.[159]

---

[157] CRUZ. Fabrício Bittencourt da. Direito Cosmopolita: uma proposta ao mundo globalizado. **Revista Emancipação**, Ponta Grossa, v. 5, n. 1, 2005, p.106. Disponível em: <www.uepg.br/emancipacao/pdfs/revista%205/Artigo%206.pdf.>. Acesso em: 12 out. 2007.

[158] SEN, Amartya. **Direitos Humanos e Diversidade Cultural**. Disponível em: <http://www.aartedepensar.com/leit_sen.html>. Acesso em: 12 out. 2007. O autor destaca ainda que: “Os partidários dos direitos humanos, assim como os seus opositores, podem tirar proveito de um estudo e de uma compreensão mais profundos das diferentes culturas e civilizações, com suas respectivas diversidades e seus elementos heterogéneos, segundo os diferentes períodos da história. Tentar "vender" os direitos humanos como uma contribuição do Ocidente ao resto do mundo é não apenas historicamente superficial e culturalmente chauvinista como profundamente contraproducente. Isso provoca uma alienação artificial, que não é justificada pelos factos e não contribui para uma melhor compreensão entre uns e outros. As idéias fundamentais subjacentes aos direitos humanos surgiram sob uma forma ou outra em diferentes culturas. Constituem materiais sólidos e positivos para sustentar a história e a tradição de toda a grande civilização.”

[159] PIOVESAN, op.cit., p. 09.

Diante disso, é necessário relembrar que o respeito às normas referentes aos direitos humanos está relacionada com a sua legitimação, como traz à lume Rodrigues:

> O respeito às normas internas e internacionais de direitos humanos está relacionado com sua legitimação, que tem que transcender a simples obediência impensada à lei adotada pelo Estado por meio de acordos internacionais. Não se pode negar que a natureza desses direitos remete a questões mais abrangentes e complexas relativas a moralidade e a racionalidade. Os direitos humanos funcionam como freios a pretensões totalizantes e opressoras, dentro do Estado, mas para que este sistema seja eficaz, tem de estar enraizado na cultuta nacional.[160]

A polêmica do constitucionalismo contemporâneo aponta, portanto, para a necesssária regência das relações entre o direito interno e o direito internacional, de sorte que, quando os Estados assumem compromissos através de convenções internacionais de proteção dos direitos humanos, acabam por restringir sua soberania.

Ensina-nos Fabrício Bitencourtt da Cruz[161], ao abordar o pensamento cosmopolita kantiano, que, antes deste, pode-se dizer que o direito apresentava apenas duas dimensões: o direito interno de cada Estado e o direito das gentes, isto é, o direito das relações dos Estados entre si e dos indivíduos de um Estado com os do outro.

Desta forma, convém salientar que os direitos humanos pautados na universalidade, por terem a forma de normas gerais dirigidas a todos os indivíduos apenas pela condição de "ser humano" (independente de nacionalidade), constitui limite à soberania nacional. Como bem adverte Cruz, "O Estado Constitucional

---

[160] RODRIGUES, Simone Martins. **Justiça Restaurativa, Dialogia e Reestruturação Social**, 2004, p. 4.

[161] CRUZ, Fabrício Bittencourt da. **Direito cosmopolita**: uma proposta ao mundo globalizado, 2006.

Moderno e sua base teórica são insuficientes para enfrentar a complexidade da Sociedade transnacional contemporânea.” [162]

Assim, concordamos com o referido autor ao estabelecer que “[...] a grande questão é como fazer um Contrato Social no e para o Século XXI.”:

> Como estabelecer um Contrato Social transnacional, se em nossa sociedade atual o estado de natureza está na ansiedade permanente quanto ao presente e ao futuro, no iminente desgoverno das expectativas, no caos permanente, nos atos mais simples da sobrevivência ou convivência.[163]

[162] CRUZ, Paulo Márcio; SIRVENT, José Francisco Chofre. **Ensaio sobre a necessidade de uma teoria para a superação democrática do Estado constitucional moderno**. 2006. Disponível em: <www.jus2.uol.com.br>. Acesso em: 21 out. 2008.

[163] CRUZ, loc. cit.

CAPÍTULO 3

O PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E OS REFLEXOS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 O ESTADO BRASILEIRO E O SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

Para que se possa compreender os reflexos do processo de internacionalização dos Direitos Humanos no sistema jurídico brasileiro, relativos à soberania do Estado brasileiro, se faz necessária uma breve reflexão sobre o "contrato social" (pacto anti-democrático) vigente no período que precedeu a promulgação da Constituição de 1988.

O período, marcado pela Ditadura Militar, instaurada no Brasil a partir de 1964, caracterizou-se pelo autoritarismo que atingiu duramente os direitos civis e políticos dos brasileiros, afastando com violência as massas populares do cenário político nacional.

Sob o lema "Segurança e Desenvolvimento", os militares impuseram o restabelecimento da "ordem social", tendo nos atos institucionais os "instrumentos legais" para a repressão. Por meio deles, foram cassados, pelo período de 10 anos, os direitos políticos de grande número de líderes políticos, sindicais e intelectuais.[164]

Além das cassações, outros mecanismos foram utilizados, como a aposentadoria forçada de funcionários públicos civis e militares. Vários sindicatos

---

[164] VITA, Álvaro de. **Sociologia da Sociedade Brasileira**. São Paulo: Ática, 1989, p. 214.

sofreram intervenções, sendo fechados os órgãos de cúpula do movimento operário, além da União Nacional dos Estudantes – UNE ter sido militarmente invadida e fechada.

Neste sentido, ensina-nos Vieira:

> O percurso do Movimento de 1964 foi pontilhado por Atos Institucionais, por Atos Complementares, por Leis de Segurança Nacional e por Decretos secretos, satisfazendo as exigências dos influentes do momento. Tudo sugeriu que o processo sócio-histórico do Brasil já estava traçado por alguns, exigindo para tanto correções de ocasião, através de providências autoritárias, impingidas à população.[165]

Nesse período, foram também criadas várias comissões de inquérito para apurar supostos crimes de corrupção e subversão, sendo o argumento do "perigo do comunismo", a desculpa utilizada para justificar tais atos. Qualquer suspeita de atividade subversiva podia resultar na perda do emprego, na cassação dos direitos políticos e na própria perda da liberdade do suspeito.

Em 1967, outorgou-se uma nova constituição, sendo que em 1969, no governo do Presidente Médici, foi editada a Emenda Constitucional de nº 1, de 17 de outubro do ano de 1969, que, segundo Tomazi:

> Era uma nova Constituição, pois incluía os preceitos presentes em todos os Atos Institucionais anteriores, tornando os cidadãos brasileiros reféns do poder militar incluindo os preceitos presentes em todos os Atos Institucionais anteriores.[166]

O ano de 1970 marca a introdução da censura prévia em jornais, livros e outros meios de comunicação, sendo que, constantemente, o governo enviava instruções sobre pessoas e assuntos que não deveriam ser mencionados.

---

[165] VIEIRA, Evaldo. **Estado e miséria social no Brasil.** 2.ed. São Paulo: Cortez, 1987, p.191.
[166] TOMAZI, Nelson Dacio. **Sociologia da Educação.** São Paulo: Atual, 1997, p. 30.

Além disso, não havia liberdade para reuniões, os partidos eram regulados pelo governo, o direito de defesa cerceado pelas prisões arbitrárias, a justiça militar julgava crimes civis, sendo a integridade física das pessoas e o direito à vida constantemente violadas pelas torturas nos cárceres do governo.

Da mesma forma, as manifestações artísticas e universitárias eram cerceadas, ocorrendo a cassação de professores e a proibição de movimentos estudantis.

Segundo Schafranski[167], no âmbito das relações de trabalho, os dois primeiros governos da ditadura militar apoiaram-se essencialmente numa política de repressão às greves, bem como na proibição da negociação coletiva e na suspensão da estabilidade no emprego como estratégias de "combate à inflação". Deste modo, segundo a autora, o peso do aparato repressivo do Estado volta-se essencialmente contra a classe operária e o campesinato, com a intervenção nos sindicatos urbanos e rurais e a destruição das Ligas Camponesas.

Carvalho[168] afirma que, ao mesmo tempo em que os governos militares cerceavam os direitos políticos e civis, investiam na expansão dos direitos sociais, conseguindo a unificação e a universalização da Previdência.

O processo de restabelecimento da democracia no país ocorreu de modo muito lento, seguindo os passos determinados pelas Forças Armadas. A partir de 1975, diminuiu-se a censura à imprensa, e a luta pela anistia ganhou espaço cada vez maior nos órgãos de divulgação.

Em 1978, o Congresso votou a revogação do AI-5[169], o fim da censura prévia no rádio e na televisão, e o restabelecimento do hábeas corpus para crimes

---

[167] SCHAFRANSKI. Márcia et al.. **Sociologia**: Consensos e Conflitos. Ponta Grossa: Editora UEPG, 2001, p. 163.

[168] CARVALHO, J. M. **Cidadania no Brasil:** o longo caminho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

políticos. O governo ainda atenuou a Lei de Segurança Nacional e permitiu o regresso de 120 exilados políticos.

No governo do General João Batista Figueiredo, o Congresso votou uma Lei de Anistia, que contemplava os acusados de crime contra a segurança nacional, como também os agentes que haviam prendido, torturado e matado muitos dos acusados.

Os últimos anos do regime militar foram marcados por agitações políticas, descontrole inflacionário, além de escândalos financeiros, e como legado dos governos militares, restou ao país um pesado ônus econômico e social. Segundo Meksenas[170], entre os ano de 1964 a 1984, a dívida externa cresceu de 3 para 105 bilhões de dólares, a inflação subiu de 70% para mais de 200% ao ano, e os recursos destinados à educação caíram de 12% a 4%.

O pleito de novembro de 1984, realizado por eleições indiretas através do Colégio Eleitoral, confirma em 15 de janeiro de 1985 o nome de Tancredo Neves para exercer a Presidência da República e, assim, o regime militar começa a sair do cenário político brasileiro e inicia-se assim a Nova República. Assim, depois de 21 anos sob a égide do regime militar, o Brasil instituiu novamente a democracia diante deste contexto.

Houve a necessidade de mudanças substanciais na legislação pátria para compor o respeito aos direitos humanos e suas liberdades fundamentais, somando-se a isso, ainda, consolidar o Estado Democrático brasileiro, cujo marco ocorreu com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

---

[169] O Ato Institucional Número Cinco, ou AI-5, foi um instrumento de poder que deu ao regime poderes absolutos e cuja primeira conseqüência foi o fechamento do Congresso Nacional por quase um ano.

[170] MEKSENAS, P. **Sociologia da educação.** São Paulo: Loyola, 1988, p. 88.

A Carta Constitucional de 1988, rompeu com o regime autoritário vigente até então e nasceu de uma longa luta pela construção de um Estado Democrático. "A conseqüência do rompimento com o regime de exceção que até então predominava no Estado brasileiro foi extremamente benéfica", no dizer de Mazzuoli:[171]

> [...] a nova Constituição, promulgada aos 5 de outubro de 1988, passou a dar especial ênfase aos direitos e garantias fundamentais do homem, tomada esta expressão, contemporaneamente, no sentido amplo, compreendendo os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais, tendo sido até o momento, o documento que mais se preocupou com o assunto na história do direito constitucional brasileiro.[172]

Adicione-se que o Brasil, a partir da redemocratização, passou a ratificar os principais tratados de direitos humanos, pois como bem ensina-nos Piovesan: "[...] não há direitos humanos sem democracia e nem tampouco democracia sem direitos humanos".[173]

No mesmo sentido caminham os ensinamentos de Coletti[174], ao analisar e concordar com o pensamento de Bobbio, para quem os direitos humanos nascem tão somente quando podem nascer, uma vez que emergem do contexto sócio-político e econômico de uma sociedade, de modo que não há democracia sem o reconhecimento e a proteção efetiva aos direitos humanos.

---

[171] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos Humanos, Constituição e os Tratados internacionais:** estudo Analítico da situação e aplicação do Tratado na Ordem Jurídica Brasileira. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 05.

[172] MAZZUOLI, loc. cit.

[173] PIOVESN, Flávia (Coord.). **Direitos Humanos**, 2006, p. 19-20. A autora salienta ainda que, dos 200 Estados que integram a ordem internacional, 140 realizam eleições periódicas. Contudo, apenas 82 Estados (o que representa 57% da população mundial) são considerados plenamente democráticos.

[174] COLETTI. Luciana. Norberto Bobbio: Historicidade dos Direitos Humanos. In: CARBONARI, Paulo César (Org). **Sentido Filosófico dos Direitos Humanos**: Leituras do Pensamento Contemporâneo. Passo Fundo: Editora Ifibe, 2006, p. 83.

Assim, vários são os doutrinadores[175] que apontam para a indissociabilidade do conceito de direitos humanos da concepção de democracia, todavia, para Schmitt[176], o conceito central da Democracia é povo e não humanidade: "A igualdade democrática é, em essência, homogeneidade, e por certo, homogeneidade do povo." Para o autor[177], "[...] se a Democracia há de ser uma forma política, há somente Democracia do Povo e não da Humanidade."

Justamente sobre esta dificuldade de se chegar a uma instituição verdadeiramente democrática em âmbito internacional é que abrimos um parênteses e lembramos do pensamento de Habermas[178], segundo o qual a constelação pós-nacional tem de enfrentar desafios: o primeiro, de fazer surgir uma consciência da obrigatoriedade da solidariedade cosmopolita nas sociedades civis e nas esferas públicas políticas desses blocos que estão se desenvolvendo. O segundo desafio a ser enfrentado pelas uniões políticas de Estados é o de como estabelecer um procedimento democrático que sempre foi feito no âmbito do Estado-nação para além das fronteiras nacionais.[179]

---

175 Nesse sentido Flávia Piovesan, Selma Regina Aragão, Fábio Konder Comparato.

176 SCHIMITT, Carl. **Teoria de Lá Constituición. La Doctrina de La Democracia. Conceptos Fundamentales**. Alianza Editorial, p. 230. Mimeografado. "La igualdad democrática es, em essência, homogeneidad, y, por cierto, homogeneidad Del pueblo. El concepto central de La Democracia Es Pueblo y no Humanidad. Si La Democracia há de ser uma forma política, hay solo Democracia Del Pueblo y no Democracia de La Humanidad" (p.230 *).*" Esta igualdad democrática es el suposto de todas lãs otras igualdades: igualdad de La Ley, voto igual, sufrágio universal, servicio militar obligatório, igualdad para El acesso a los cargos públicos. El sufrágio universal no ES, pues, El contenido de La igualdad democrática, sino consecuencia de uma igualdad que se da por supuesta". (p. 225).

177 SCHIMITT, loc. cit.

178 HABERMAS. Jurgen. **A Constelação Pós-nacional**, 2001.

179 Habermas diz que o Estado nacional estava para perecer à medida que a Comunidade Européia se constituía como uma união política. Ele já defendia que uma cultura política poderia ser construída sobre princípios constitucionais, sem depender necessariamente de uma origem étnica, linguística e cultural comum a todos os cidadãos. Uma cultura política liberal formaria o denominador comum de um patriotismo constitucional, que integraria as diferentes formas de vida de uma sociedade multicultural. "Numa futura República Federal dos Estados Europeus, os mesmos princípios jurídicos terão que ser interpretados nas perspectivas de tradições e de histórias nacionais diferentes". O desafio seria fazer os processos democráticos e os direitos dos cidadãos funcionarem para além das fronteiras nacionais. Deveria haver, dizia ele, referindo-se ao caso da União Européia, um espaço público europeu para a formação de uma opinião pública

Habermas coloca:

> Porque a idéia de que uma sociedade pode agir sobre si de modo democrático só foi implementada de modo fidedigno até agora no âmbito nacional, a constelação pós-nacional desperta aquele alarmismo infrutífero da desorientação iluminista que observamos nas nossas arenas políticas.[180]

Percebe-se que, direitos humanos e soberania despontam como temas basilares para a compreensão do Estado Democrático de Direito. Esse idealismo é ingrediente indispensável à compreensão da tensão entre faticidade e validez colocada por Habermas, ou seja, entre a positividade do direito e a legitimidade que esse direito reclama.[181]

Sem embargo dessa idéia, mas apenas contextualizando com a questão da Democracia, voltando para o cenário nacional, há que se reconhecer que os reflexos da internacionalização aos direitos humanos no ordenamento jurídico Brasileiro só podem ser vislumbrados com a promulgação da Constituição Federal de 1988, pois os tratados de proteção aos direitos humanos requerem a existência de instituições democráticas para sua aplicação:

> A Democracia não pode ser apenas uma forma de se proceder. Ela é, acima de tudo, um valor que pressupõe a aplicação de outros princípios, como o da liberdade de expressão e opinião, liberdade de obtenção de informação imparcial e correta e publicidade dos fatos que se referem à esfera pública. Considerando-se que um dos momentos fundamentais da Democracia é a escolha dos governantes, seria impossível, de maneira

---

européia. Cf. HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade, 1997, p. 289.

[180] HABERMAS. Jurgen. **A Constelação Pós-nacional**, 2001, p. 27. Segundo o autor, o Estado nacional está perdendo sua força e a tendência é que haja uniões políticas de Estados, a chamada constelação pós-nacional.

[181] "La Idea de derechos del hombre y la Idea de soberania popular han venido determinando La autocomprensión normativa de los Estados democráticos de derecho hasta hoy. Este idealismo anclado en La propia estructura de las constituciones, no podemos tomarlo como un capítulo ya pasado de La historia de lãs ideas políticas. HABERMAS, Jurgen. **Facticidade y validez**. Madrid; Editora Trotta.1998, p. 160.

> eficaz, que o povo possa fazer uma escolha do gênero sem gozar da liberdade intelectual e sem poder dispor de informações sobre a realidade.[182]

Deste modo, com a instauração de um regime político democrático no Brasil, inicia-se um avanço normativo na consolidação de garantias e direitos fundamentais, alterando, por conseguinte, a política brasileira de direitos humanos, como bem colocado por Piovesan:

> Enfatize-se que a Constituição brasileira de 1988, como marco jurídico da institucionalização dos direitos humanos e da transição democrática no País, ineditamente consagra o primado do respeito aos direitos humanos como paradigma propugnado para ordem constitucional. Esse princípio invoca a abertura da ordem jurídica brasileira ao sistema internacional de proteção aos direitos humanos e, ao mesmo tempo, exige nova interpretação de princípios tradicionais, como a soberania nacional e a não intervenção, impondo a flexibilização e relativização desses valores.[183]

No que tange o rol de direitos e garantias fundamentais, com a promulgação da referida Constituição, ocorreu a ampliação do rol de direitos, que situam-se, em sua quase totalidade, organizados sob o Título II da Constituição Brasileira, sob a denominação DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS, título anteriormente dedicado à organização do Estado.

Diante desse novo quadro, o princípio da dignidade humana passou a ser considerado um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito Brasileiro (art. 1º, III, CB), conciliando o entendimento segundo o qual o princípio da dignidade humana, além de fundamento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, passou a ser igualmente fundamento das ordens jurídicas internas dos Estados Democráticos de Direito.

---

[182] CRUZ, Paulo Marcio. Democracia e pós-modernidade. **Revista Jurídica da Faculdade União**, v.2, n.1, 2008, p. 14.

[183] PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006a, p. 320-321.

Dentro desse contexto, de que a existência de instituições democráticas são fundamentais para que se possa conciliar a temática dos direitos humanos, é que a ratificação, pelo Brasil, da maior parte dos instrumentos internacionais de proteção dos Direitos Humanos, ocorreu em um cenário pós-Constituição de 1988.

Ainda que alguns desses instrumentos internacionais tenham sido ratificados pelo Brasil anteriormente ao advento da Constituição de 1988, certamente sua aplicabilidade restou totalmente prejudicada dentro de um período marcado por muitas atrocidades e graves violações de Direitos Humanos, durante o período da ditadura militar.

Assim, foram ratificados os seguintes tratados de proteção aos direitos humanos, a partir da Carta de 1988: a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20 de julho de 1989; a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 28 de setembro de 1989; a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24 de setembro de 1990; o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 24 de janeiro de 1992; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24 de janeiro de 1992; a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25 de setembro de 1992; a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 27 de novembro de 1995; o Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte, em 13 de agosto de 1996, e o Protocolo à Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), em 21 de agosto de 1996.

Saliente-se ainda que, em 03 de dezembro de 1998, o Estado Brasileiro reconheceu a competência jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos

Humanos[184], por meio do Decreto Legislativo n. 89/98 e, em 07 de fevereiro de 2000, o Brasil assinou o Estatuto do Tribunal Internacional Criminal Permanente.

Destaque-se também a implementação do I Programa Nacional dos Direitos Humanos em 1996, tal como recomendava a Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Viena em 1993, cujo Comitê de Redação foi presidido pelo Brasil, bem como do II Programa Nacional dos Direitos Humanos, a partir de 2002, atribuindo ineditamente aos direitos humanos o status de política pública governamental.

O Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH) acabou por ampliar a participação do Brasil nos sistemas global (da Organização das Nações Unidas – ONU) e regional (da Organização dos Estados Americanos – OEA) de promoção e proteção dos direitos humanos, por meio da continuidade da política de adesão a pactos e convenções internacionais de direitos humanos e de plena inserção do País no sistema interamericano.

De acordo com o prefácio do programa, relatores especiais das Nações Unidas realizaram visitas ao Brasil nos últimos anos, as quais resultaram na elaboração de relatórios contendo conclusões e recomendações, com a tentativa do aprimoramento de diagnósticos e identificação de medidas visando amenizar problemas relacionados aos direitos humanos no Brasil.

A cooperação com os órgãos de supervisão da Organização dos Estados Americanos também é ressaltada na parte introdutória do programa, destacando-se que tem ensejado a busca de soluções amistosas para casos de violação em exame pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, possibilitando a

[184] Cumpre salientar que, atualmente, estão pendentes, na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, mais de quarenta casos internacionais contra o Brasil, que poderão (se houver fatos novos) ser submetidos à jurisdição da Corte Interamericana. Uma vez mais, é a União que será convidada a responder internacionalmente pela violação.

concessão de reparações e indenizações às vítimas dessas violações ou a seus familiares, bem como a adoção de medidas administrativas e legislativas para prevenir a ocorrência de novas violações.

Quanto à inserção do Estado Brasileiro nos Sistemas Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos, prevê o II Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH) as seguintes medidas:

> 487. Adotar medidas legislativas e administrativas que permitam o cumprimento pelo Brasil dos compromissos assumidos em pactos e convenções internacionais de direitos humanos, bem como das sentenças e decisões dos órgãos dos sistemas universal (ONU) e regional (OEA) de promoção e proteção dos direitos humanos.
>
> 488. Fortalecer a cooperação com os órgãos de supervisão dos pactos e convenções internacionais de direitos humanos, os mecanismos da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas e o sistema regional de proteção (Comissão, Corte e Instituto Interamericanos de Direitos Humanos).
>
> 489. Promover acordos de solução amistosa, negociados sob a égide da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, para reparar violações graves de direitos humanos que envolvam responsabilidade da União ou das unidades da Federação, por ação ou omissão de agentes públicos.
>
> 490. Dar continuidade à política de adesão a tratados internacionais para proteção e promoção dos direitos humanos, através da ratificação e implementação desses instrumentos.
>
> 491. Dar publicidade e divulgação aos textos dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é parte, assim como

das declarações, plataformas e programas de ação das conferências mundiais sobre meio ambiente e desenvolvimento (Rio de Janeiro, 1992); direitos humanos (Viena, 1993); desenvolvimento social (Copenhague, 1994); população e desenvolvimento (Cairo, 1994); mulher (Pequim, 1995); assentamentos humanos (Istambul, 1996) e combate ao racismo (Durban, 2001).

492. Implementar as Convenções da Organização Internacional do trabalho – OIT ratificadas pelo Brasil, assim como a Declaração sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, especialmente no que diz respeito à liberdade de associação, eliminação de todas as formas de trabalho forçado, erradicação do trabalho infantil e eliminação de todas as formas de discriminação no trabalho e ocupação.

493. Apoiar a implementação do Protocolo das Nações Unidas contra a Fabricação e o Tráfico Ilícitos de Armas de Fogo, suas Peças e Componentes e Munições, no âmbito da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Transnacional Organizado.

494. Ratificar a Convenção nº 169, sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, adotada pela OIT em 1989.

495. Ratificar a Convenção Internacional para a Proteção dos Direitos dos Migrantes e de seus Familiares, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1990.

496. Ratificar a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, adotada pela Assembléia Geral da OEA em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994.

497. Apoiar a criação de um sistema hemisférico de divulgação dos princípios e ações de proteção à cidadania e aos direitos humanos.

498. Propugnar pela criação de um Fórum de Direitos Humanos no Mercosul.

499. Incorporar, na pauta dos processos de integração econômica regional, a temática dos direitos humanos.

500. Instalar a comissão interministerial encarregada de coordenar a elaboração dos relatórios periódicos sobre a implementação de convenções e tratados de direitos humanos, dos quais o Brasil é parte, assim como promover cursos de capacitação para os servidores públicos encarregados da elaboração desses relatórios.

501. Promover o intercâmbio internacional de experiências em matéria de proteção e promoção dos direitos humanos.

502. Estimular a cooperação internacional na área da educação e treinamento de forças policiais e capacitação de operadores do direito.

503. Apoiar a capacitação em direitos humanos de integrantes das forças armadas que participem de operações de paz da Organização das Nações Unidas.

504. Apoiar a elaboração de protocolo facultativo à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos, ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1984.

505. Apoiar o processo de elaboração das Declarações sobre os Direitos dos Povos Indígenas no âmbito da ONU e da OEA.

506. Incentivar a ratificação dos instrumentos internacionais de proteção e promoção dos direitos humanos pelos países com os quais o Brasil mantém relações diplomáticas.

507. Realizar levantamento e estudo da situação dos presos brasileiros no exterior.

508. Ratificar o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.

509. Promover a capacitação dos agentes públicos para atuação nos foros internacionais de direitos humanos.

510. Apoiar o processo de elaboração do Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU.

511. Instaurar e apoiar o funcionamento da comissão de peritos encarregada de propor mudanças na legislação interna que permitam a ratificação, pelo Brasil, do Estatuto do Tribunal Penal Internacional – Estatuto de Roma.

Recentes são os reflexos, portanto, no Brasil do desenvolvimento da sistemática internacional de proteção dos direitos humanos, de modo que, como bem adverte Piovesan, a partir do momento em que o Brasil se propõe a fundamentar suas relações internacionais com prevalência dos direitos humanos "[...] está ao mesmo tempo reconhecendo a existência de limites e condicionamentos a noção de soberania estatal, do modo pelo qual tem sido tradicionalmente concebida." [185]

[185] PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, 2006a, p. 328.

Assim, segundo a referida autora[186], a soberania do Estado brasileiro fica submetida a regras jurídicas, tendo como parâmetro obrigatório a prevelência de direitos humanos, e surge a necessidade de interpretar os antigos conceitos de soberania nacional e não-intervenção, à luz de princípios inovadores da ordem constitucional.

O Constitucionalismo Brasileiro contemporâneo passa a sofrer reflexos diretos dessa nova forma de se conceber a soberania, os quais podem ser vislumbrados especificamente em relação a duas temáticas de grande relevância, abordadas pela Emenda Constitucional 45/2004, quais sejam: a *Hierarquia dos Tratados de Proteção aos Direitos Humanos* e a *Sujeição do Estado Brasileiro a Jurisdição do Tribunal Penal Internacional*, que passaremos a abordar nos tópicos subsequentes.

Assim, são inegáveis os reflexos desse processo de Internacionalização dos Direitos Humanos no que tange também à soberania do Estado Brasileiro, de modo que estes efeitos acabam por repercutir também nas próprias normas Constitucionais.

3.2 HIERARQUIA DAS NORMAS DE TRATADOS E CONVENÇÕES DE DIREITOS HUMANOS APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004

Para a necessária compreensão, deve-se primeiramente recordar a sistemática geral de formalização dos tratados de acordo com a disposição constitucional referente ao tema.

---

[186] PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, 2006a, p. 328.

Quanto ao processo de formalização dos tratados internacionais em geral, a Constituição de 1988 dispõe, no art. 84, inciso VIII, que é de competência privativa do Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais sujeitos ao referendo do Congresso Nacional.

O art. 49, inciso I, da Constituição, também dispõe que é da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre os tratados, acordos ou instrumentos internacionais. Deste modo, para que o tratado internacional seja incorporado no ordenamento jurídico pátrio, e possa gerar direitos e obrigações, deverá passar por três fases distintas.

Primeiramente, deve ser celebrado, pelo Presidente da República, em nome da República Federativa do Brasil 187, ser aprovado pelo Congresso Nacional, por decreto legislativo, e ser promulgado pelo Presidente da República, por decreto. Depois disso é que o Tratado Internacional adquire executoriedade.

De acordo com o Ministro Celso de Mello do STF, é com a executoriedade que passa a " [...] vincular e obrigar no plano do direito positivo interno"[188], tal como uma lei ordinária.

Além dos dois dispositivos citados da Constituição Federal, não há qualquer outro que estabeleça a relação entre o Direito Internacional e Interno, exceto no que concerne aos tratados de direitos humanos.

Não há, em nossa Constituição, qualquer referência expressa às correntes monista ou dualista[189], todavia, como bem explica Braun[190], o Brasil adota a

---

187 CF. art. 84, VIII, art. 49, I, art. 84, IV.

188 (STF, ADI nº 1.480-3/DF) DJ 18/05/2001.

189 Para a corrente monista, o Direito Internacional e Interno compõem-se de uma mesma ordem; segundo esta teoria, o ato de ratificação do tratado, por si só, é capaz de produzir efeitos jurídicos no plano internacional e interno, simultaneamente, ou seja, o tratado ratificado obriga no plano internacional e interno. Para a segunda corrente, o Direito Internacional e Interno constituem ordens separadas, incomunicáveis e distintas. De acordo com corrente dualista, a ratificação gera efeitos no plano internacional; para que o tratado gere efeitos no plano interno, é necessário o ato jurídico interno,o decreto de execução.

corrente dualista. Para que o tratado ratificado produza efeitos no ordenamento jurídico interno brasileiro, é necessária edição de um ato normativo nacional emanado pelo Presidente da República, em âmbito interno.

Recentemente, em Recurso em Habeas Corpus n. 18.799-RS, que tramitou no Superior Tribunal de Justiça, publicado em 08/06/2006, cujo relator foi o Ministro José Delgado, restou consignado que a teoria que o Direito Constitucional brasileiro encampou mais se aproxima da dualista.[191]

A importância dada a esta questão resultava em saber se os tratados internacionais possuiam força vinculante para os Estados que os celebram, ou se apenas serviam de recomendação para que os Estados soberanos estipulassem as suas regras próprias sobre o conteúdo dos diplomas internacionais.

Todavia, nos dias atuais, a questão perdeu relevância, uma vez que ficou consolidada a tratativa diferenciada dos tratados relativos aos direitos humanos.

Há um forte setor da doutrina[192] que, há anos, sustenta a tese de que os tratados de direitos humanos (Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto Internacional de Direitos civis e políticos etc.) contam com ***status*** constitucional, por força do art. 5º, § 2º, da CF: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

O Supremo Tribunal Federal, entretanto, de acordo com sua tradicional jurisprudência[193], sempre emprestou aos tratados, incluindo-se os de direitos

---

[190] BRAUN, Helenice da Aparecida Dambrós. **O Brasil e os Direitos Humanos**: a Incorporação dos Tratados em Questão. Ijuí: Editora Unijuí, 2001, p. 84-85. Saliente-se que este era o posicionamento majoritário adotado também segundo Flávia Piovesan, mas não no que concerne aos tratados relativos aos direitos humanos, que eram dotados de regime especial.

[191] Disponível em: <www.stj.gov.br.> Acesso em: 02 jan. 2009.

[192] Antonio Augusto Cançado Trindade e Flávia Piovesan.

[193] Prevalência da Constituição, no Direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação da norma do Pacto de São José: motivação. A Constituição do Brasil e as convenções internacionais

humanos, o valor de direito ordinário; entretanto, recentemente ocorreram mudanças substanciais no ordenamento jurídico e no posicionamento dos Ministros desse Tribunal, após a promulgação da Emenda Constitucional 45/2004, que demonstram os efeitos dos reflexos “dessa nova soberania” no Estado Brasileiro.

Nota-se, portanto, que há uma preocupação crescente do legislador brasileiro na instrumentalização de um aparato normativo que vise dar maior eficácia aos institutos de direitos humanos.

Deste modo, num período ainda mais recente, em 2004, passamos a vislumbrar o efeito dessa rápida evolução normativa a incidir também em âmbito Constitucional, através da Emenda Constitucional 45/2004, que tratou da reforma do Poder Judiciário.

No Brasil, a Reforma do Judiciário incorporou novos direitos, direitos estes já reconhecidos na esfera internacional por meio de tratados internacionais e que, a partir da inclusão do parágrafo terceiro ao artigo 5º da Constituição Federal vigente, poderão também gozar de status de norma constitucional, ou, ainda, de direito fundamental protegido por cláusula pétrea.

A Emenda Constitucional 45/2004 reafirmou o interesse do Estado brasileiro em proteger os direitos do ser humano dentro e fora de suas fronteiras. À

---

de proteção aos direitos humanos: prevalência da Constituição que afasta a aplicabilidade das cláusulas convencionais antinômicas. [...] Assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em conseqüência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III). Alinhar-se ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não implica assumir compromisso de logo com o entendimento majoritário em recente decisão do STF (ADI 1.480-MC) que, mesmo em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais, preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis ordinárias. Em relação ao ordenamento pátrio, de qualquer sorte, para dar a eficácia pretendida à cláusula do Pacto de São José, de garantia do duplo grau de jurisdição, não bastaria sequer lhe conceder o poder de aditar a Constituição, acrescentando-lhe limitação oponível à lei, como é a tendência do relator: mais que isso, seria necessário emprestar à norma convencional força ab-rogante da Constituição, mesma, quando não dinamitadoras do seu sistema, o que não é de admitir." (RHC 79.785, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22/11/02).

primeira vista, especificamente, no que tange aos tratados de direitos humanos, pode-se afirmar que a nova regra esculpida no §3º do artigo 5º teve por escopo a superação da controvérsia existente na doutrina e jurisprudência brasileira, conferindo-lhe, definitivamente, status de norma constitucional.

Ensina-nos Piovesan[194] que, na atualidade, são quatro as correntes interpretativas a respeito desse tema, quais sejam: a) a hierarquia supraconstitucional destes tratados, b) a hierarquia constitucional, c) a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal, e d) a da paridade hierárquica entre tratado e lei federal,[195] sendo que, no próprio âmbito do Supremo Tribunal Federal, a matéria ainda não se encontra pacificada, e tinha este tomado como posição majoritária a paridade hierárquica entre tratado e lei federal.

Deste modo, é conhecida e ficou consolidada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (desde o julgamento do RE 80.004, em 1977), no sentido de que as normas dos tratados firmados pelo Brasil guardam paridade com a lei federal interna, assegurada, assim, a supremacia da Constituição[196] (em que pese o já disposto em seu art. 5º, § 2º).

---

194 PIOVESAN, Flávia. Reforma do Judiciário e Direitos Humanos. In: TAVARES, André Ramos et al. **Reforma do Judiciário**: Analisada e Comentada. São Paulo: Editora Método, [s.d.], p. 69.

195 A) para a primeira corrente (hieraquia supraconstitucional), os tratados de proteção aos direitos humanos estariam acima da Constituição, todavia, ao se admitir a supraconstitucionalidade das normas de direito internacional acerca de direitos humanos, não se afigura possível implementar o controle de constitucionalidade. B) para essa corrente (hierarquia constitucional), afirmam alguns estudiosos que os tratados sobre direitos humanos guardam especialidade em relação aos demais instrumentos de direito internacional, o que justificaria terem status de norma constitucional. C) essa corrente (hierarquia infraconstitucional, mas supralegal) apregoa a impossibilidade de que norma de direito internacional relativa a direitos humanos ingresse no ordenamento, de forma automática, com natureza constitucional – já que é imprescindível, para tanto, a aprovação em cada uma das Casas do Congresso, todavia não são recepcionados com hierarquia de mera lei ordinária. D) para essa corrente (paridade hierárquica), o tratado que verse sobre direitos humanos teria o mesmo valor hierárquico de lei federal.

196 Desde 1977, o Supremo Tribunal Federal, com base nesse raciocínio, acolhe o sistema que equipara juridicamente o tratado internacional à lei federal. Com efeito, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004, em 1977, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que os tratados internacionais estão em paridade com a lei federal, apresentando a mesma hierarquia que esta. Por consequência, concluiu ser aplicável o princípio segundo o qual a norma posterior revoga a norma anterior com ela incompatível. Segundo Celso D. Albuquerque Mello, esta decisão viola também a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969), que não admite o

Todavia, alguns doutrinadores[197] acreditam que a nossa Constituição Federal sempre recepcionou os tratados internacionais de direitos humanos como equivalentes a normas constitucionais, antes mesmo da promulgação da Emenda Constitucional 45/2004.

Para eles, o § 2º do artigo 5º diz que os direitos e garantias expressos na Lei Maior "não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Nesse sentido, a afirmação de Abreu Dallari:

> [...] a nova exigência de maior quorum na aprovação legislativa acaba aparentemente por endossar a interpretação de que as disposições do §2º do art.5º., vigentes desde a promulgação da Constituição, em 1988, não teriam o condão, por si sós, de gerar para os tratados nesta matéria os efeitos de norma da Constituição. Tal condição só ocorreria daqui por diante e desde que atendidas as exigências do novo §3º do art. 5º. Assim, paradoxalmente, a adoção pelo Congresso Nacional, de preceito a princípio voltado a conferir maior relevância a tratados internacionais de direitos humanos, acabou por comprometer seriamente a tese, mais favorável a promoção dos direitos humanos, de que os tratados nesta matéria já teriam *status* constitucional.[198]

De imediato, portanto, a nova disposição constitucional foi recebida como instituto hábil a valorizar os tratados e convenções internacionais sobre a matéria, procurando colocar fim à celeuma que, por muito tempo, foi alvo de debates de renomados juristas. Porém, após novas reflexões acerca das conseqüências de referida alteração, esta passou a ser vista de outra maneira.

Isso porque os tratados referentes a direitos humanos já possuíam status hierárquico equiparado ao de normas constitucionais, devido às disposições constantes dos parágrafos 1º e 2º do art. 5º da Constituição da República.

---

término de tratado por mudança de direito superveniente. Cf. MELLO, Celso D. Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Freitas Bastos, 1976, p. 70. 2 v.

[197] Nesse sentido posicionava-se Flávia Piovesan e Antonio Augusto Cançado Trindade.

[198] DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. Tratados internacionais na Emenda Constitucional 45. In: TAVARES, André Ramos et al. **Reforma do Judiciário**: Analisada e Comentada, p. 91

Assim, o novo §3º do artigo 5º, ao atribuir status de emenda à Constituição somente aos instrumentos internacionais aprovados pelo mesmo processo formal do processo legislativo das Emendas à Constituição, acabou por atribuir status de lei ordinária aos tratados internacionais que não forem aprovados mediante tal procedimento, ainda que versem sobre direitos humanos.

A solução, que deveria ter ocorrido com a reforma do judiciário e que é sugerida por Piovesan[199], seria que, em face da natureza constitucional já conferida ao art.5º, §2º da Constituição de 1988, bastaria à redação do §3º do art. 5º endossar a hierarquia formalmente constitucional de todos os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos ratificados, consagrando que os tratados internacionais de proteção de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro têm hierarquia constitucional.

Neste sentido, os que já entendiam pelo status constitucional dos tratados relativos aos direitos humanos vislumbraram, no novo §3º do artigo 5º da Constituição Federal, um inegável retrocesso em matéria de proteção e efetivação dos direitos humanos no Brasil.

Contudo, podemos constatar que a redação, tal qual colocada, parece ter objetivado uma forma de conciliação entre "Poder e Direito", com intuito de "preservar" o poder supremo e absoluto do Estado Nacional Brasileiro.

Neste sentido é que novamente trazemos o pensamento de Agamben[200], ao constatar que o ordenamento jurídico contém o seu contrário, ou seja, identifica-

---

[199] PIOVESAN, Flávia. Reforma do Judiciário e Direitos Humanos. In: TAVARES, André Ramos et al. **Reforma do Judiciário**: Analisada e Comentada, p. 71

[200] AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**, 2004. A nossa leitura do fenômeno à luz das teorizações de Agamben nos conduz à seguinte colocação: Como ensina Agamben, a exceção confirma a regra, e o ordenamento aplica-se ao desaplicar-se na medida em que contém a norma que prevê sua própria suspensão (deste modo, quando o ordenamento é suspenso pelo Poder Soberano, encontra-se, ainda assim, em plena aplicação). Trazendo tais teorizações para o texto original da nossa CF/88, podemos dizer que o ordenamento Constitucional já antes continha uma regra enunciada pelo § 1º § 2º do art. 5º da CF/88, que já conferia regime especial aos tratados

se através desse dispositivo, que o controle sobre as disposições dos tratados de direitos humanos novamente fica a critério do Estado Brasileiro, ainda que contrarie expressa disposição constitucional anterior.[201]

Ao estipular a necessidade de quorum para aprovação dos tratados de direitos humanos, o Estado busca manter a higidez de sua soberania, na medida em que só seriam equivalentes a normas constitucionais aqueles tratados aprovados por 3/5 dos votos, pelo mesmo procedimento necessário à aprovação das Emendas Constitucionais.

Identifica-se, assim, mais uma forma de fazer valer um controle semelhante à "exceção soberana" descrita por Agamben[202], pois, uma vez aprovado, diante de um conflito de normas, se não atingido o quórum através desse procedimento especial, estes tratados terão status de normas ordinárias.

A opção de incorporação de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos com o status de lei ordinária (regra geral), ou com o status de norma constitucional (CF, art. 5, § 3º), passa a constituir ato discricionário do Congresso Nacional, e dependerá apenas de critérios de oportunidade e conveniência, quando da análise do caso concreto.

Desta feita, ao contrário de privilegiar os instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, a Emenda Constitucional 45/2004 colocou a sua

---

de direitos humanos, bem como aplicação imediata aos mesmos.,. Neste sentido, o ordenamento passou a conter sua exceção a partir da regra trazida pelo constituinte derivado, assim como outras (Estado de defesa, etc.). O constituinte derivado, por sua vez, buscou instituir uma exceção, ao prever norma restritiva da regra antes estabelecida, reafirmando a soberania mas conspurcando o intuito do constituinte originário de favorecer a prevalência dos direitos humanos. Nessa perspectiva, a exceção à regra é o § 3º, e, conforme Agamben, a exceção tende a tornar-se regra. Todavia, de uma perspectiva constitucionalista favorável aos direitos humanos, tal intuito é de constitucionalidade duvidosa.

[201] Isto apenas no que concerne a relação de Poder e Direito estabelecida, uma vez que a não-aprovação pelo mesmo procedimento destinado às Emendas Constitucionais pode, eventualmente, implicar na suspensão de direitos que, por força do §2 do art. 5º, antes já seriam incorporados como garantias fundamentais.

[202] AGAMBEN, . **Estado de Exceção**, 2004. Diz-se semelhante no que concerne a relação de Poder e Direito estabelecida, uma vez que pode vir a ocasionar a "suspensão" autorizada de direitos.

vigência na esfera de conveniência e oportunidades políticas do Poder Legislativo Federal, de modo que pode o Congresso Nacional conferir ou não a hierarquia constitucional às disposições constantes nesses tratados.

Em razão disso, existe até mesmo uma incipiente teoria preconizada por Sgarbossa[203], que sustenta a inconstitucionalidade desse dispositivo, com base na possibilidade de controle da constitucionalidade das emendas à Constituição fundamentada na obra de Otto Bachof.[204]

Segundo Sgarbossa[205], o controle de constitucionalidade das emendas à Constituição é admitido no Brasil pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pelo fato de encontrar-se o poder constituinte derivado subordinado ao poder constituinte originário, assim como juridicamente limitado pelas cláusulas pétreas, imodificáveis:

Para o referido autor, a emenda fere expressa vedação oriunda do § 4º.do artigo 60 da Constituição Federal:

> Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
> I - ...;
> II - ...;
> III - ...;
> IV - os direitos e garantias individuais. [206]

---

[203] SGARBOSSA, Luis Fernando. **Direitos e Garantias Fundamentais Extravagantes**. Interpretação Jusfundamental "Pro Homine". Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

[204] BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais**? Tradução de José Manuel. M. Cardoso da Costa. São Paulo: Livraria Almedina, 1994. O autor distingue diferentes possibilidades de normas constitucionais inconstitucionais (inválidas). Dentre as quais: a) inconstitucionalidade de normas constitucionais ilegais; b) inconstitucionalidade de leis de alteração da Constituição (ou seja, da lei que altera a Constituição), c) inconstitucionalidade de normas constitucionais em virtude de contradição com normas constitucionais de grau superior, d) inconstitucionalidade por infração de direito supra legal positivado na constituição. (p. 38-62).

[205] A EMENDA Constitucional 45/2004 e os novos regimes jurídicos dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos. **Jus navigandi**, Teresina, ano 9, n. 575, 2 fev. 2005. Disponível em: <http//jus2.uol.com.br/doutrina/texto>. Acesso em: 30 out. 2008.

[206] STF – Pleno – Adin nº 1.946/DF – Medida liminar – Rel. Min. Sydney Sanches. Informativo STF, nº 241.

Este incipiente movimento doutrinário, que apregoa até mesmo a inconstitucionalidade do parágrafo 3º do art. 5º, também é mencionado por Sarlet[207], que cita como expoentes ainda Aldo De Campos Costa, Anselmo Henrique Cordeiro Lopes, além de Luis Fernando Sgarbossa. Em primeiro lugar, por ser incompatível com o teor dos já transcritos §§ 1º e 2º, numa tentativa de limitar tal proteção quando exige a deliberação do Congresso Nacional, e, em segundo lugar, porquê os §§ 1º e 2º são cláusulas pétreas, imodificáveis, a teor do § 4º do art. 60 da Constituição Federal.

Assim, na hipótese consubstanciada no inciso IV do § 4º do art. 60 da Constituição, entende Sgarbossa ser emenda constitucional tendente a abolir direitos e garantias fundamentais, vindo a colidir com a intenção do legislador constitucional originário[208] de assegurar a inclusão automática, em âmbito constitucional.

Todavia, após a Emenda Constitucional 45/2004, a doutrina[209] vem agora interpretando o novo §3º do artigo 5º, de modo a tentar compatibilizá-lo com as disposições constitucionais originárias (§2º do artigo 5º), sob a assertiva de haver distinção entre constitucionalidade material e constitucionalidade formal.

Neste sentido, sustentam que os tratados de direitos humanos em geral possuem natureza materialmente constitucional, em virtude do §2º do artigo 5º, e os tratados a serem ratificados de acordo com o novo dispositivo, constante na

---

[207] SARLET, Ingo. Wolfgan. A abertura material do Catálogo Constitucional dos Direitos Fundamentais e os Tratados Internacionais em matéria de Direitos Humanos. In: SCHAFER, Jairo (Org.). **Temas polêmicos do constitucionalismo contemporâneo**. Florianópilis: Conceito Editorial, 2007, p. 218. Salienta o autor que resulta pelo menos discutível a tese de que poderia haver uma inconstitucionalidade de emenda constitucional que estivesse em conflito com uma determinada interpretação a respeito de direitos fundamentais.

[208] Em que pese a celeuma, a maioria dos tribunais nacionais, incluindo o STJ e mesmo por alguns ministros do STF de que o conteúdo dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil deveria ser incorporado ao texto constitucional, conferindo ao cidadão mais um novo direito.

[209] Neste sentido, Flávia Piovesan, André Ramos Tavares e Valério de Almeida Mazzuoli.

emenda, possuiriam, além da constitucionalidade material, constitucionalidade formal.

E a grande novidade, referente aos reflexos dessa nova soberania e cujos efeitos já se podem sentir, está ocorrendo com a repentina mudança no posicionamento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, após a promulgação da referida emenda constitucional.

O impacto da inovação introduzida pelo art. 5º, § 3º repercutiu, recentemente, no Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 466.343, em 22 de novembro de 2006, através do voto proferido pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, ao destacar:

> [...] não se pode negar, por outro lado, que a reforma acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico. Em outros termos, solucionando a questão para o futuro – em que os tratados de direitos humanos, para ingressarem no ordenamento jurídico na qualidade de emendas constitucionais, terão que ser aprovados em quorum especial nas duas Casas do Congresso Nacional – a mudança constitucional ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados já ratificados pelo Brasil, a qual tem sido preconizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde o remoto julgamento do RE n. 80.004/SE, de relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque (julgado em 1.6.1977; DJ 29.12.1977) e encontra respaldo em largo repertório de casos julgados após o advento da Constituição de 1988. [...] Tudo indica, portanto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sem sombra de dúvidas, tem de ser revisitada criticamente. [...] Assim, a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional torna imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional. É necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano. [...] Deixo acentuado, também, que a evolução jurisprudencial sempre foi uma marca de qualquer jurisdição constitucional. [...]
> Tenho certeza de que o espírito desta Corte, hoje, mais que nunca, está preparado para essa atualização jurisprudencial.[210]

[210] Disponível em: <www.stf.gov.br>.

Nesse sentido, acabou o Ministro se posicionando pela supralegalidade dos tratados de direitos humanos:

> Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade.
> Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.
> Essa tese foi aventada, em sessão de 29 de março de 2000, no julgamento do RHC n° 79.785-RJ, pelo voto do Eminente Relator, Min. Sepúlveda Pertence, que acenou com a possibilidade da consideração dos tratados sobre direitos humanos como documentos supralegais [...]
> Na experiência do direito comparado, é válido mencionar que essa mesma qualificação é expressamente consagrada na Constituição da Alemanha que, em seu art. 25, dispõe que "as normas gerais do Direito Internacional Público constituem parte integrante do direito federal.
> Elas prevalecem sobre as leis e produzem diretamente direitos e deveres para os habitantes do território nacional.[211]

Também, destaque-se no HC 87.585-8, em 12 de março de 2008, envolvendo a clássica questão da prisão civil do depositário infiel, que o Ministro Celso de Mello modificou o seu próprio entendimento sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos, para sustentar a existência de um regime jurídico misto, baseado na distinção entre os tratados tradicionais e os tratados de direitos humanos, conferindo aos últimos hierarquia constitucional, quando asseverou:

> Após longa reflexão sobre o tema em causa, Senhora Presidente – notadamente a partir da decisão plenária desta Corte na ADI 1.480-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO (RTJ 179/493-496) -, julguei necessário reavaliar certas formulações e premissas teóricas que me conduziram a conferir aos tratados internacionais em geral (qualquer que fosse a matéria neles veiculadas), posição juridicamente equivalente à das leis ordinárias. As razões invocadas neste julgamento, no entanto, convencem-me da necessidade de se distinguir, para efeito de definição de sua posição hierárquica em face do ordenamento positivo interno, entre as convenções internacionais sobre direitos humanos (revestidas de "supralegalidade", como sustenta o eminente Ministro Gilmar Mendes, ou impregnadas de natureza constitucional, como me inclino a reconhecer) e tratados internacionais sobre

[211] Disponível em: <www.stf.gov.br>.

> as demais matérias (compreendidos estes numa estrita perspectiva de paridade normativa com as leis ordinárias). [...] Tenho para mim que uma abordagem hermenêutica fundada em premissas axiológicas que dão significativo realce e expressão ao valor ético-jurídico -- constitucionalmente consagrado (CF, art.4o, II) -- da "prevalência dos direitos humanos" permitirá, a esta Suprema Corte, rever a sua posição jurisprudencial quanto ao relevantíssimo papel, à influência e à eficácia (derrogatória e inibitória) das convenções internacionais sobre direitos humanos no plano doméstico e infraconstitucional do ordenamento positivo do Estado brasileiro. [...] Em decorrência dessa reforma constitucional, e ressalvadas as hipóteses a ela anteriores (considerado, quanto a estas, o disposto no parágrafo 2o do art.5o da Constituição), tornou-se possível, agora, atribuir, formal e materialmente, às convenções internacionais sobre direitos humanos, hierarquia jurídico-constitucional, desde que observado, quanto ao processo de incorporação de tais convenções, o "iter" procedimental concernente ao rito de apreciação e de aprovação das propostas de Emenda à Constituição, consoante prescreve o parágrafo 3º do art.5º da Constituição [...]. É preciso ressalvar, no entanto, como precedentemente já enfatizado, as convenções internacionais de direitos humanos celebradas antes do advento da EC n.45/2004, pois, quanto a elas, incide o parágrafo 2o do art.5o da Constituição, que lhes confere natureza materialmente constitucional, promovendo sua integração e fazendo com que se subsumam à noção mesma de bloco de constitucionalidade. [212]

Assim, a questão que se coloca refere-se às diversas situações que surgiram antes, durante e após a aprovação da Emenda 45, consoante entendimento esposado pelo Ministro Celso de Mello[213], é a existência de três distintas situações relativas a esses tratados:

1) os tratados celebrados pelo Brasil (ou aos quais ele aderiu), e regularmente incorporados à ordem interna, em momento anterior ao da promulgação da CF/88, revestir-se-iam de índole constitucional, haja vista que formalmente recebidos nessa condição pelo § 2º do art. 5º da CF;

2) Os que vierem a ser celebrados por nosso País (ou aos quais ele venha a aderir) em data posterior à da promulgação da EC 45/2004, para terem natureza constitucional, deverão observar o caminho procedimental do § 3º do art. 5º da CF;

---

[212] Disponível em: <www.stf.gov.br>.

[213] Informativo 497 e 498 do STJ. “É que existe evidente incompatibilidade material superveniente entre referidas cláusulas normativas e o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), incorporado, em 1992, ao direito positivo interno do Brasil, como estatuto revestido de hierarquia constitucional, por efeito do § 2° do art. 5° da Constituição da República. Sendo assim, e em face das razões expostas, defiro o pedido de “habeas corpus”, para invalidar a ordem judicial de prisão civil decretada contra o ora paciente.

3) Aqueles celebrados pelo Brasil (ou aos quais nosso País aderiu) entre a promulgação da CF/88 e a superveniência da EC 45/2004 assumiriam caráter materialmente constitucional, porque essa hierarquia jurídica teria sido transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade.

Assim, a mais recente novidade em que se observam os reflexos dessa nova soberania refere-se ao antigo e clássico debate[214] relativo a prisão civil do depositário infiel, de acordo com os novos delineamentos da jurisprudência do STF acima citada, que veio, repentinamente, alterar o posicionamento anterior a respeito da incorporação dos tratados relativos aos direitos humanos, reconhecendo a natureza jurídica especial dos referidos tratados.

---

[214] No julgamento do HC 72.131-RJ (22.11.1995), ao abordar a questão concernente ao impacto do Pacto de São José da Costa Rica (particularmente do art. 7, VII, que proibe a prisão civil por dívida, salvo no caso de alimentos) no Direito brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, em votação não-unânime (vencidos os Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence), afirmou que "[...] inexiste, na perspectiva do modelo constitucional vigente no Brasil, qualquer precedência ou primazia hierárquico-normativa dos tratados ou convenções internacionais sobre o direito positivo interno, sobretudo em face das cláusulas inscritas no texto da Constituição da República, eis que a ordem normativa externa não se superpõe, em hipótese alguma, ao que prescreve a Lei Fundamental da República. [...] a ordem constitucional vigente no Brasil não pode sofrer interpretação que conduza ao reconhecimento de que o Estado brasileiro, mediante convenção internacional, ter-se-ia interditado a possibilidade de exercer, no plano interno, a competência institucional que lhe foi outorgada expressamente pela própria Constituição da República. A circunstância do Brasil haver aderido ao Pacto de São José da Costa Rica – cuja posição, no plano da hierarquia das fontes jurídicas, situa-se no mesmo nível de eficácia e autoridade das leis ordinárias internas – não impede que o Congresso Nacional, em tema de prisão civil por dívida, aprove legislação comum instituidora desse meio excepcional de coerção processual [...]. Os tratados internacionais não podem transgredir a normatividade emergente da Constituição, pois, além de não disporem de autoridade para restringir a eficácia jurídica das cláusulas constitucionais, não possuem força para conter ou para delimitar a esfera de abrangência normativa dos preceitos inscritos no texto da Lei Fundamental. [...] Diversa seria a situação, se a Constituição do Brasil – à semelhança do que hoje estabelece a Constituição argentina, no texto emendado pela Reforma Constitucional de 1994 (art. 75, n. 22) – houvesse outorgado hierarquia constitucional aos tratados celebrados em matéria de direitos humanos. [...] Parece-me irrecusável, no exame da questão concernente à primazia das normas de direito internacional público sobre a legislação interna ou doméstica do Estado brasileiro, que não cabe atribuir, por efeito do que prescreve o art. 5º, parágrafo 2º, da Carta Política, um inexistente grau hierárquico das convenções internacionais sobre o direito positivo interno vigente no Brasil, especialmente sobre as prescrições fundadas em texto constitucional, sob pena de essa interpretação inviabilizar, com manifesta ofensa à supremacia da Constituição – que expressamente autoriza a instituição da prisão civil por dívida em duas hipóteses extraordinárias (CF, art. 5º, LXVII) – o próprio exercício, pelo Congresso Nacional, de sua típica atividade político-jurídica consistente no desempenho da função de legislar. [...] A indiscutível supremacia da ordem constitucional brasileira sobre os tratados internacionais, além de traduzir um imperativo que decorre de nossa própria Constituição (art. 102, III, b), reflete o sistema que, com algumas poucas exceções, tem prevalecido no plano do direito comparado".

Num período mais recente ainda, a tendência contra a prisão do depositário infiel consolidou-se no dia 03 de dezembro de 2008, quando o Plenário do STF, por maioria, restringiu a prisão civil por dívida ao inadimplente voluntário e inescusável de pensão alimentícia.[215]

Nem mesmo mais será admitida a prisão civil de depositário "judicial" infiel, cuja manutenção foi proposta pelo ministro Menezes Direito, todavia acabou rejeitada pela maioria. Para dar efetividade à decisão, o Plenário revogou a Súmula 619/STF[216], que a admitia:

> A decisão foi tomada na conclusão do julgamento dos Recursos Extraordinários (RE) 349703 e 466343 e do Habeas Corpus (HC) 87585, em que se discutia a prisão civil de alienante fiduciário infiel. Nos REs, os bancos Itaú e Bradesco questionavam decisões judiciais que consideraram o contrato de alienação fiduciária em garantia equiparado ao contrato de depósito de bem alheio (depositário infiel) para efeito de excluir a prisão civil.
> O Plenário rejeitou os dois recursos e estendeu a proibição de prisão civil por dívida, prevista no artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal (CF), à hipótese de infidelidade no depósito de bens e, por analogia, também à alienação fiduciária, tratada nos dois recursos. No HC, que foi concedido, seu Autor se insurgia contra a sua prisão civil sob acusação de ser depositário infiel.[217]

Anteriormente, já no âmbito do STJ, a jurisprudência, após a edição da Emenda Constitucional 45/2004, vinha se firmando no sentido de incluir no rol dos direitos e garantias constitucionais, por força do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, o texto aprovado pelo Congresso Nacional inserido no Pacto de São José da Costa Rica.

Em decisão do Ministro José Delgado, publicada em 08/06/2006, referente ao recurso em habeas corpus Nº 18.799 – RS (2005/0211458-7) e reiterada em 14/06/2007, no recurso em habeas corpus Nº 21.041 – RS (2007/0053389-0),

---

[215] STF restringe a prisão civil por dívida a inadimplente de pensão alimentícia.
[216] A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constitui o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito.
[217] Texto disponível em: <www.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 12 jan. 2009.

restou consignado ainda que o Pacto de São José da Costa Rica foi resgatado pela nova disposição constitucional (art. 5º § 3º), a qual possui eficácia retroativa.

Do mesmo modo, em ambos os acórdãos acima citados, restou decidido que:

> [...] não se pode escantear que o § 1º supra determina, peremptoriamente, que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". Na espécie, devem ser aplicados, imediatamente, os tratados internacionais em que o Brasil seja parte;
> - [...] o Pacto de São José da Costa Rica foi resgatado pela nova disposição constitucional (art. 5º, § 3º), a qual possui eficácia retroativa [...][218]

Em oposição àqueles que entendem que o novo parágrafo § 3º do art. 5º constituiu um retrocesso, o Ministro José Delgado[219] entende que o novo parágrafo implica em nítido avanço na orla de proteção aos direitos humanos, porque impossibilita a denúncia desses tratados equivalentes às emendas constitucionais, que seriam, em matéria de direitos humanos, cláusulas pétreas.

Da mesma forma, entende Sarlet que o novo parágrafo analisado possui um potencial positivo "[...] no sentido de viabilizar alguns avanços concretos em relação a práxis ora vigente entre nós" [220], embora todas as alternativas possíveis fiquem sempre sujeitas ao crivo da súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal.

Assim é que, em 03 de dezembro de 2008, foi julgada a questão acerca da constitucionalidade dos tratados internacionais no STF, vencendo a tese de Gilmar Mendes (supralegalidade):

---

[218] Texto disponível em: <www.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 12 jan. 2009.

[219] Recurso em habeas corpus Nº 18.799 - RS (2005/0211458-7) e recurso em habeas corpus Nº 21.041 - RS (2007/0053389-0), disponível em: <www.stj.gov.br>.

[220] SARLET, Ingo. A Reforma do Judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: observações sobre o § 3º do artigo 5º da Constituição. **Revista Âmbito Jurídico**. Disponível em: <www.ambitojurídico.com.br>. Acesso em: 04 jan. 2009.

> No julgamento da última quarta-feira, venceu, por 5 votos a 4, a corrente capitaneada pelo presidente do STF, ministro Gilmar Mendes, que defende a supralegalidade dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, vencida a corrente liderada pelo ministro Celso de Mello, que confere a eles status equivalente ao do texto da Constituição Federal (CF). A primeira corrente - que considera esses tratados acima da legislação ordinária do país, porém abaixo do texto constitucional - admite, entretanto, a hipótese do nível constitucional desses tratados, quando ratificados pelo Congresso pelo mesmo rito obedecido pelo Congresso Nacional na votação de emendas constitucionais (ECs): votação em dois turnos nas duas Casas do Congresso, com maioria de dois terços, conforme previsto na EC 45, que acrescentou o parágrafo 3º ao artigo 5º da CF.[221]

Verifica-se, pelo número de normas internacionais que recebem a participação dos Estados, que há um interesse na constitucionalização das normas internacionais assecuratórias dos direitos humanos; todavia, dentro desse novo quadro que se apresenta[222], o grande desafio deste novo século é o de encontrar uma fórmula capaz de equilibrar os avanços e retrocessos oriundos da paradoxal relação entre Poder e Direito:

> Um dia, a humanidade brincará com o direito, como as crianças brincam com os objetos fora de uso, não para devolve-los ao seu uso canônico e, sim para libertá-los definitivamente dele. O que se encontra depois do direito não é um valor de uso mais próprio e original e que precederia o direito, mas um novo uso, que só nasce depois dele.[223]

---

[221] Texto disponível em: <www.jusbrasil.com.br.noticias>. Acesso em: 12 jan. 2009.

[222] Em toda a discussão sobre o assunto, prevaleceu o entendimento de que o direito à liberdade é um dos direitos humanos fundamentais priorizados pela Constituição Federal (CF) e que sua privação somente pode ocorrer em casos excepcionalíssimos. E, no entendimento de todos os ministros presentes à sessão, neste caso não se enquadra a prisão civil por dívida.
"A Constituição Federal não deve ter receio quanto aos direitos fundamentais", disse o ministro Cezar Peluso, ao lembrar que os direitos humanos são direitos fundamentais com primazia na Constituição. "O corpo humano, em qualquer hipótese (de dívida) é o mesmo. O valor e a tutela jurídica que ele merece são os mesmos. A modalidade do depósito é irrelevante. A estratégia jurídica para cobrar dívida sobre o corpo humano é um retrocesso ao tempo em que o corpo humano era o 'corpus vilis' (corpo vil), sujeito a qualquer coisa".
Ao proferir seu voto, a ministra Ellen Gracie afirmou que "o respeito aos direitos humanos é virtuoso, no mundo globalizado". "Só temos a lucrar com sua difusão e seu respeito por todas as nações", acrescentou ela.
No mesmo sentido, o ministro Menezes Direito afirmou que "há uma força teórica para legitimar-se como fonte protetora dos direitos humanos, inspirada na ética, de convivência entre os Estados com respeito aos direitos humanos". Disponível em: <www.stf.gov.br.noticias> (do dia 03.12.2008). Acesso em: 12 jan. 2009.

[223] AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**, 2004, p. 98.

3.3 A SOBERANIA DO ESTADO BRASILEIRO E A JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Outra questão trazida pelo Constitucionalismo Contemporâneo Brasileiro e que afeta diretamente a soberania do Estado refere-se à inclusão do §4º ao artigo 5º da Constituição Federal Brasileira[224], através da Emenda Constitucional 45/2004, que assim dispõe: "O Brasil se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão".

A criação de Tribunais Internacionais sempre se apresentou como questão geradora de controvérsias, em razão de uma tendência doutrinária, a qual considera que a instituição dos mesmos afrontaria a soberania dos Países.[225]

Para que se possa compreender adequadamente o tema, faz-se mister abordar algumas questões relativas a esse tribunal, que passou a existir formalmente em 1º de julho de 2002, e passou a operar em 2003.

O Tribunal surge como aparato complementar às cortes nacionais, tendo por escopo o julgamento dos mais graves crimes internacionais, como o genocídio, crimes contra humanidade e crimes de guerra (violação ao direito internacional humanitário)

Para Kofi Annan, a criação histórica do Tribunal "[...] encerra a promessa de um mundo onde os responsáveis por genocídio, por crimes contra a

---

[224] A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu texto original, já aderira à idéia da criação de um Tribunal Internacional, quando expressamente dispôs que "[...] o Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos." (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 7º).

[225] Sob esta assertiva, entende os EUA que o TPI infringiria a soberania nacional e exporia americanos em missões no exterior a processos indevidos. (Cf. Sem imunidade em tribunal penal, EUA vetam missão da ONU na Bósnia. **Folha de São Paulo.** Mundo, A13, segunda- feira, 1º de julho de 2002). Ver, também: EUA podem negociar imunidade. **Folha de São Paulo**, Mundo, A14, quinta-feira, 4 de julho de 2002.

humanidade e por crimes de guerra são processados, quando os Estados não podem ou não estão dispostos a apresentá-los à justiça".[226]

A implementação desse Tribunal foi motivo, inicialmente, de aplausos por parte da doutrina, uma vez que evitaria a criação de tribunais de exceção.[227] O Estatuto do Tribunal Internacional Permamente foi aprovado em julho de 1998, com cento e vinte votos favoráveis, sete votos contrários e vinte e uma abstenções.

O exercício da jurisdição internacional pode ser acionado mediante denúncia de um Estado-parte, do Conselho de Segurança ou da própria Promotoria (art.13 do Estatuto), sendo que, para tanto, é necessário que o Estado reconheça a jurisdição internacional através da adesão do Estado ao Tratado, lembrando ainda que a ratificação do tratado não comporta reservas (art.120).[228]

Segundo Chourk[229], Isso evita a disputa sobre quais reservas são admissíveis no Direito Internacional e retira dos países cépticos uma ferramenta importante para evitar suas obrigações.

A jurisdição do Tribunal é subsidiária e complementar à jurisdição nacional dos Estados, senão vejamos:

> A jurisdição da Corte está muito bem definida no Estatuto. A premissa da Corte está baseada no princípio da complementaridade que significa que a Corte somente pode exercer sua jurisdição quando uma corte nacional

---

[226] A SEMANA em foco, de 29 de junho a 5 de julho. Centro de Informação das Nações Unidas em Portugal. Disponível em: <www.onuportugal.pt>. Acesso em: 04 mai. 2002.

[227] Com a eclosão das duas Grandes Guerras Mundiais, tornaram-se conhecidas as mazelas da guerra e surgiu a preocupação com as inúmeras atrocidades cometidas em desfavor das milhares de vítimas desse conflito. Em face desse quadro, surgiram os crimes de guerra. Em 1945, logo após o término da II Guerra, os quatro países Aliados, a saber, França, Reino Unido, Estados Unidos e União Soviética, os chamados "Os Quatro Grandes", reuniram-se em uma Conferência em Londres, com a proposta de constituir um Tribunal Militar Internacional para julgar os criminosos nazistas de guerra, dotados de alta patente, Tribunal Militar de Nuremberg. Esse tribunal serviria de base para o estabelecimento de outros Tribunais Penais Internacionais, de Tóquio, da antiga Iugoslávia e Ruanda.

[228] PIOVESAN, op.cit., p.203.

[229] CHOUKR, Fauzi Hassan, AMBOS, Kai (Orgs.). **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Editora RT, 2000.

> não esteja em possibilidade ou não esteja disposta a intervir por si mesma. As cortes nacionais sempre terão prioridade.[230]

A brasileira Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, juntamente com outros 17 juízes, compõe o corpo de magistrados do TPI, na cidade holandesa de Haia. Segundo ela:

> O maior e mais significativo avanço na estrutura do Tribunal Penal Internacional é a independência do Promotor, do órgão de persecução penal, que tem a iniciativa da investigação e da submissão de feitos à Corte. Pode o Promotor pois agir de ofício, ou por provocação do Conselho de Segurança ou de Estado - Parte. Desvincula-se assim a iniciativa da ação penal dos critérios políticos do Conselho de Segurança da ONU. A jurisdição permanente, aliada à independência do Promotor, é o que assegura, de pronto, a independência e imparcialidade do TPI. II- O Estabelecimento do Tribunal e sua competência. O TPI , como instituição permanente, exercerá sua jurisdição sobre pessoas, e em relação aos crimes mais graves de transcendência internacional, sempre tendo um caráter complementar às jurisdições internas. Vale dizer, o Tribunal exercerá sua jurisdição sempre que esgotadas, ou falhas, as instâncias internas dos Estados [...] Os Estados, ao ratificar o Estatuto, estarão aceitando sua competência obrigatória, e somente sobre estes o Tribunal poderá exercer sua jurisdição. Em outras palavras, a Corte só tem jurisdição sobre os Estados-Partes no Estatuto, e desde que os crimes tenham sido cometidos nesse Estado, a bordo de nave ou aeronave desse Estado, ou por um seu nacional (Artigo 12). A iniciativa da investigação fica a cargo do Procurador, de ofício ou por provocação do Estado Parte ou do Conselho de Segurança da ONU (Artigo 13). Em razão dessa regra, e como garantia da própria independência do Tribunal, uma série de normas asseguram a independência do Procurador, que tem poderes investigativos amplos (Artigo 15). O caráter do TPI é essencialmente acusatório, embora possuam os magistrados alguns poderes para requisitar complementação probatória. O Tribunal Penal Internacional rege-se pelo princípio da complementaridade. Não antecede os sistemas judiciais internos. Ao contrário, para exercer suas competências exige o preenchimento de uma série de requisitos atinentes à admissibilidade. III- Os Princípios Gerais de Direito Penal O Estatuto do TPI traz expresso o princípio da legalidade em seu Artigo 22. Não se admite a analogia, nem a interpretação extensiva. Também é expresso o princípio da legalidade das penas (Artigo 23), embora o sistema de penas nele previsto seja diverso daquele por nós reconhecido.[231]

---

[230] Se estabelece la Corte Penal Internacional: El 1 de julio de 2002 entra em vigor el tratado que da luz verde a la creación de uma corte penal internacional. Disponível em: <http:www.onu.org/temas/derInt.htm>. No original: “La jurisdição de la Corte está muy bien definida en el Estatuto. La premisa de la Corte está basada en el principio de la complementariedad lo cual significa que la Corte únicamente puede ejercer su jurisdicción cuando una corte nacional no esté en la posibilidad o no esté dispuesta a intervenir por sí sola. Las cortes nacionales siempre tendrán prioridad”.

[231] STEINER. Sylvia Helena F. **O Tribunal Penal Internacional**. Disponivel em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/tpi_steiner.html.> Acesso em: 05 jan. 2009.

Em relação às penas, o Estatuto prevê duas espécies de sanção, sendo uma criminal, que estipula que será de trinta anos a pena máxima, admitindo-se excepcionalmente a pena de prisão perpétua nos moldes do artigo 77, que poderá sofrer revisão depois de decorridos 25 anos; e a aplicação cumulativa e facultativa de pena de multa e de perda dos bens adquiridos com o produto do crime.

Estabelece, ainda, a possibilidade de uma segunda sanção, através da imposição à vitima e seus familiares de penas de ordem civil-reparatória.

Com intuito de não permitir privilégios políticos, estabeleceu-se que a Corte terá autoridade para julgar todas as pessoas sem qualquer distinção oriunda de cargo oficial, de modo que o cargo não poderá servir de escudo para eximir a responsabilidade.

No que concerne ao Estado brasileiro, convém lembrar que foi aprovado, pelo parlamento brasileiro, por meio do Decreto Legislativo número 112, de 06/06/2002, e promulgado pelo Decreto número 4.388, de 25/09/2002.

Recentemente, houve a inserção do §4º ao artigo 5º da Constituição Federal Brasileira, através da Emenda Constitucional 45/2004, que assim dispõe: "O Brasil se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão".

Segundo Piovesan,

> [...] louvável é o reconhecimento expresso, em grau constitucional, da jurisdição do Tribunal Penal Internacional, efetuado pela inserção do §4ºno art. 5º do texto, cabendo, pois, à legislação ordinária disciplinar a implementação do Estatuto no âmbito jurídico interno. [232]

Os pontos mais polêmicos, no que concerne a compatibilidade entre o Estatuto de Roma e a Constituição Federal Brasileira, ocorrem em relação à pena

---

[232] PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional,** 2006a, p. 77.

de prisão perpétua, prevista no artigo 77.1.b do Estatuto, e vedada pelo artigo 5º, inciso XLVII, “b” da CF, e a possibilidade de entrega de pessoa nacional ao Tribunal prevista no artigo 89 do Estatuto, e vedada pelo artigo 5º, LI da CF.

O art. 77[233] prevê a pena de prisão perpétua quando justificada pela extrema gravidade do crime e as circunstâncias pessoais do condenado. De outro lado, o art. 5º, XLVII, b[234], da Constituição Federal pátria, estabelece que não haverá penas de caráter perpétuo.

Assim, de um lado existe a tese que sustenta a incompatibilidade entre essas citadas disposições e, de outro, existe a tese de que a colisão entre o Estatuto de Roma e a Constituição da República, no que diz respeito à pena de prisão perpétua, é apenas aparente.[235]

Os que defendem a incompatibilidade entre os dois dispositivos, como Sgarbossa e Iensue afirmam que :

> A pena de prisão perpétua é apenas aparentemente menos gravosa do que a pena de morte. Pode até ser menos cruenta, menos selvagem, mais é tão cruel quanto a última. Ambas aniquilam o ser humano igualmente. Certamente causa ainda mais sofrimento do que a pena capital, pela sua

---

[233] "Artigo 77 Penas Aplicáveis
1. Sem prejuízo do disposto no artigo 110, o Tribunal pode impor à pessoa condenada por um dos crimes previstos no artigo 5o do presente Estatuto uma das seguintes penas:
a) Pena de prisão por um número determinado de anos, até ao limite máximo de 30 anos; ou
b) Pena de prisão perpétua, se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem,
2. Além da pena de prisão, o Tribunal poderá aplicar:
a) Uma multa, de acordo com os critérios previstos no Regulamento Processual;
b) A perda de produtos, bens e haveres provenientes, direta ou indiretamente, do crime, sem prejuízo dos direitos de terceiros que tenham agido de boa fé." Disponível em http://www.dji.com.br/decretos/2002-004388/2002-004388-077-080.htm.> Acesso em 20 de dezembro de 2008>.

[234] ARTIGO 5º XLVII – não haverá penas:
a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
b) de caráter perpétuo;
c) de trabalhos forçados;
d) de banimento;
e) cruéis;

[235] Neste sentido, vide MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos Humanos, Constituição e os Tratados internacionais**, 2001. O autor sustenta a existência de confllitos apenas aparentes e a tese da incompatibilidade com a Constituição, também é contestada por juristas como Antônio Cachapuz de Medeiros, Tarciso Dal Maso Jardim e Sylvia Steiner.

> continuidade, perenidade e pela ausência de perspectiva para o condenado.[236]

Já os que entendem de outro modo dizem que a sanção prevista no Estatuto é muito mais ampla, e a proibição prescrita pela Lei Maior é dirigida unicamente ao legislador interno para os crimes reprimidos pela ordem jurídica pátria, e não aos crimes contra o chamado "Direito das Gentes", reprimidos por jurisdição internacional.

Segundo Mazzuoli[237], a pena de prisão perpétua não pode ser instituída dentro do Brasil, mas isto não obsta, de forma alguma, que possa ser instituída fora de nosso país, em Tribunal permanente com jurisdição internacional.

A tese da colisão aparente também é sustentada no sentido de que, diante da colisão entre dois direitos igualmente fundamentais, se, de um lado, o direito à justiça, o combate à impunidade em relação aos mais graves crimes da humanidade e, de outro, a eventual hipótese da aplicação excepcional da pena de prisão perpétua, esse confronto deve ser solucionado à luz da dignidade humana, que é a pauta valorativa que nos auxilia a detectar a racionalidade abraçada pelo sistema do TPI e pela Constituição de 1988.

Portanto, no caso, a balança deve pesar em prol do direito à justiça e do combate à impunidade, quando se trata de crimes que afrontam a humanidade.

Já o art. 89[238], por sua vez, prescreve a entrega do acusado ao tribunal pelo estado em cujo território se encontre, sem estabelecer qualquer exceção aos nacionais:

---

[236] SGARBOSSA, Luís Fernando; IENSUE, Geziela. **As opções políticas do Estatuto de Roma e seu impacto em relação ao regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais no Brasil**. Disponível em: <jus2.uol.com.br/doutrina/text>. Acesso em: 05 jan. 2009.

[237] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Tribunal Penal Internacional e sua integração ao direito brasileiro**. Biblioteca virtual del Instituto de Investigaciones Jurídica de la UNAM. Disponível em: <www.juridicas.unam.mx>. Acesso em: 02 nov. 2008.

[238] "Artigo 89 Entrega de Pessoas ao Tribunal

O Estado deverá entregar seus próprios cidadãos se assim determinar o tribunal. No caso da entrega não ser considerada como diversa da extradição, identifica-se mais um problema de ordem constitucional, pois nossa Lei Suprema prescreve, no art. 5º, LII, que nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei.

Assim, o artigo 89 do Estatuto de Roma prevê que o Tribunal poderá dirigir um pedido de detenção/entrega de uma pessoa a qualquer Estado em cujo território essa pessoa possa se encontrar.

---

1. O Tribunal poderá dirigir um pedido de detenção e entrega de uma pessoa, instruído com os documentos comprovativos referidos no artigo 91, a qualquer Estado em cujo território essa pessoa se possa encontrar, e solicitar a cooperação desse Estado na detenção e entrega da pessoa em causa. Os Estados Partes darão satisfação aos pedidos de detenção e de entrega em conformidade com o presente Capítulo e com os procedimentos previstos nos respectivos direitos internos.
2. Sempre que a pessoa cuja entrega é solicitada impugnar a sua entrega perante um tribunal nacional com, base no princípio ne bis in idem previsto no artigo 20, o Estado requerido consultará, de imediato, o Tribunal para determinar se houve uma decisão relevante sobre a admissibilidade. Se o caso for considerado admissível, o Estado requerido dará seguimento ao pedido. Se estiver pendente decisão sobre a admissibilidade, o Estado requerido poderá diferir a execução do pedido até que o Tribunal se pronuncie.
3. a) Os Estados Partes autorizarão, de acordo com os procedimentos previstos na respectiva legislação nacional, o trânsito, pelo seu território, de uma pessoa entregue ao Tribunal por um outro Estado, salvo quando o trânsito por esse Estado impedir ou retardar a entrega.
b) Um pedido de trânsito formulado pelo Tribunal será transmitido em conformidade com o artigo 87. Do pedido de trânsito constarão:
i) A identificação da pessoa transportada;
ii) Um resumo dos fatos e da respectiva qualificação jurídica;
iii) O mandado de detenção e entrega.
c) A pessoa transportada será mantida sob custódia no decurso do trânsito.
d) Nenhuma autorização será necessária se a pessoa for transportada por via aérea e não esteja prevista qualquer aterrissagem no território do Estado de trânsito.
e) Se ocorrer, uma aterrissagem imprevista no território do Estado de trânsito, poderá este exigir ao Tribunal a apresentação de um pedido de trânsito nos termos previstos na alínea b). O Estado de trânsito manterá a pessoa sob detenção até a recepção do pedido de trânsito e a efetivação do trânsito. Todavia, a detenção ao abrigo da presente alínea não poderá prolongar-se para além das 96 horas subseqüentes à aterrissagem imprevista se o pedido não for recebido dentro desse prazo.
4. Se a pessoa reclamada for objeto de procedimento criminal ou estiver cumprindo uma pena no Estado requerido por crime diverso do que motivou o pedido de entrega ao Tribunal, este Estado consultará o Tribunal após ter decidido anuir ao pedido."

Segundo Sgarbossa e Iensue[239], resta claro que a distinção entre a entrega e a extradição foi uma criação em virtude da necessidade de se acomodarem dispositivos normativos conflitantes, ou seja, os de direito interno dos Estados-partes, proibitivos da extradição de nacionais, e os do Estatuto, que, de um lado reclamava a extradição (entrega), ainda em tais casos, e, ao mesmo tempo, proibia reservas (art. 120).

A entrega a que se refere o Tribunal, entretanto, é um instituto distinto da extradição. A fim de evitar controvérsias, o próprio Estatuto diferencia os dois institutos, no art 102: "Por 'entrega' se entenderá a entrega de um indivíduo por um Estado ao Tribunal, em conformidade com o disposto no presente Estatuto; por 'extradição' se entenderá a entrega de um indivíduo por um Estado a outro, em conformidade com o disposto em um tratado, convenção ou no direito interno".

Deste modo, concordamos que a incompatibilidade, neste caso, é aparente, uma vez que não se refere à extradição, e sim da entrega em que um Estado transfere determinada pessoa a uma jurisdição penal internacional que ajudou a construir.

O instituto da entrega encontra fundamento no princípio da complementaridade e cooperação entre Estados-Partes e Tribunal, para que este realize um julgamento justo e imparcial.

Por outro lado, a questão fundamental não se encontra adstrita a esses dois principais dispositivos que sempre são alvo de debates, e nem somente à questão do foro por prerrogativa de função, também citada como polêmica.[240]

---

[239] SGARBOSSA, Luís Fernando; IENSUE, Geziela. **As opções políticas do Estatuto de Roma e seu impacto em relação ao regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais no Brasil**, em: <jus2.uol.com.br/doutrina/text>.

[240] Deve haver a prevalência dos direitos humanos, já que propositadamente o Estatuto buscou evitar que os praticantes de ilícitos utilizem seus cargos como escudo.

Considerada em sua totalidade, e de acordo com uma interpretação sistemática, as incongruências são ainda mais severas, e a questão é muito mais ampla, como bem adverte Busato: "[...] uma macro jurisdição leva à necessidade de macro orientar princípios"[241], de sorte que os princípios que regem a atuação do TPI devem orientar-se a esta tendência.

Nesse sentido é que o referido autor critica várias fragilidades na criação do Tribunal Penal Internacional, identificando-o como "[...] produto de uma expansão do Direito penal, que obedece a um modelo funcionalista que o afasta a passos largos das garantias fundamentais do indivíduo." [242]

Diversas são as fragilidades apontadas por Busato[243] na criação do TPI, dentre as quais: a) a de afastamento do modelo legislativo penal do Estado social e democrático de Direito; b) não se coaduna com o princípio da igualdade, uma vez que não corresponde ao produto da vontade de toda humanidade organizada (já que existem países que não tomam parte da ONU e outros que não aderiram ao Estatuto de Roma)[244]; c) não cumpre com o princípio da intervenção mínima de direito penal, uma vez que não seleciona os ataques mais graves aos bens jurídicos importantes a humanidade; d) ofensa ao princípio da legalidade no que tange ao tipo penal genocídio, a imprescritibilidade dos delitos de competência do Tribunal Penal Internacional (fere o Direito Penal Garantista).

---

[241] BUSATO, Paulo César. Tribunal Penal Internacional e Expansão do Direito Penal. **Direito e Sociedade,** Revista do Ministério Público do Estado do Paraná (Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional), v. 2, n. 1, jan./jun. 2001, p.421-437.

[242] BUSATO, op. cit.

[243] BUSATO, op. cit.

[244] Segundo Busato (2001), "O Estado que se recusa a firmar o tratado, muito provavelmente o faz justo por ter presentes os problemas que demandariam a atuação do TPI e que esta situação, em obediência a um princípio geral de igualdade e em proteção dos próprios cidadãos deste Estado, não obrigaria à prévia firma do tratado para que o TPI pudesse atuar. Todavia, só se poderia considerar igualitária esta intervenção na medida em que as hipóteses similares de delitos contra a humanidade realizadas por pessoas cujos países são signatários do Estatuto do TPI receberam o mesmo tratamento. O passado representado pelas dicotomias Nuremberg/Hiroshima, Yugoslavia/Iran, indica que tal situação não se reproduzirá. Por isso podemos perguntar: de que igualdade se está falando?"

A questão esbarra também na possibilidade de podermos novamente questionar a constitucionalidade da emenda 45/2004, no que diz respeito à sujeição do Estado Brasileiro à jurisdição do Tribunal, por violar cláusula pétrea referente aos direitos e garantias fundamentais.

E uma vez mais convém refletir sobre as teorizações de Agamben[245], agora no que concerne à notória suspensão do regime de direitos e garantias fundamentais. Assim, se por um lado deve-se reconhecer a importância da criação desse Tribunal, uma vez que simboliza um marco na jurisdição internacional em substituição aos Tribunais de exceção, por outro, não podemos compactuar com as violações e os retrocessos que este "suposto avanço" acarreta, sem prejuízo ainda dos paradoxos oriundos das relações de poder e dominação existentes por trás desse sistema.

Dentro desse quadro, destacamos justamente a negativa dos Estados Unidos em se submeter à jurisdição desse Tribunal, o que vem a demonstrar, novamente, a ânsia por segurança em âmbito Internacional por parte dos Estados economicamente mais fracos, incluindo o Estado Brasileiro

É natural que, dentre as principais necessidades e aspirações da sociedade humana, eleja-se a segurança jurídica como uma das mais importantes, pois, como explanado, o convívio dos homens entre si gera sempre conflitos. Esses conflitos certamente devem ser equacionados e solucionados, cabendo ao direito, como principal finalidade, garantir a segurança aos indivíduos, restabelecer a ordem e manter o equilíbrio social.

---

[245] AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**, 2004. A nossa leitura do fenômeno à luz das teorizações de Agamben nos conduz a seguinte colocação: Como ensina Agamben, a exceção confirma a regra, e o ordenamento aplica-se ao desaplicar-se na medida em que contém a norma que prevê sua própria suspensão.

Se por um lado é certo que não há pessoa, entidade pública ou privada e, fundamentalmente, "Estado" que não tenha necessidade de segurança, para atingir seus objetivos, por outro lado, não se pode admitir que a idéia de segurança seja convertida em seu próprio objetivo, pois a segurança antes deve servir de instrumento em prol da dignidade humana, e não a *contrario sensu* deve transformar-se em empecilho à preservação dessa mesma dignidade.

Essencialmente no que diz respeito ao Direito Penal, a história nos mostra um Direito Penal de Minorias, daí o risco de que somente indivíduos oriundos de Países "mais fracos e pobres" venham a ser sancionados pela jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

Neste sentido, concordamos com Maia Neto, ao asseverar que a teoria dos três "P" do direito penal, em que só vão para a cadeia "preto, pobre e prostituta", necessita ser desmitificada:

> O direito penal moderno trabalha com o "P" do Pacto - dos direitos e deveres dos réus e das vítimas -, do palpável - do ver e sentir –, e do "P" maiúsculo da Paz social e da Prevalência pelos Direitos Humanos; jamais com o "P" do direito penal patético.[246]

Diante disso, há que se cuidar para que não sejamos nós marionetes ou ainda o quarto "P" (palhaços) dos Estados "mais fortes", que, por um lado, levantam a bandeira dos direitos humanos, e, por outro, são os maiores responsáveis pelas violações e se recusam a aderir a jurisdição do Tribunal Penal Internacional.[247], gerando uma flagrante desigualdade capaz de punir apenas esses "P(s)", agora também em âmbito internacional.

---

[246] MAIA NETO, Cândido Furtado. **Teoria Penal dos "RES" e os Direitos Humanos**. Disponível em: <http://br.monografias.com/trabalhos-pdf902/teoria-penal-res/teoria-penal-res.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2009.

[247] O Tribunal foi aprovado com 120 votos a favor, 7 contrários e 21 abstenções. Os votos contrários provieram dos seguintes países: Estados Unidos, Filipinas, China, Índia, Israel, SriLanka e

Neste sentido, concordamos com Sgarbossa e Iensue[248], ao asseverar que ainda que se propale aos quatro ventos a reformulação do conceito de soberania, há que se reafirmar que, ainda que se "admita redefinida", a soberania não foi banida por tais teorias, e encontra expressa guarida na Constituição de 1988, como fundamento da República, logo no inciso I do art 1º.

Desse modo, concordamos com os autores acima citados ao atribuir ao Estatuto de Roma, como uma das principais falhas, a total desconsideração de situações particulares, a imposição de formas pré-definidas, "[...] verdadeiros contratos de adesão, sem qualquer espaço para um diálogo e uma reformulação [...]", eis que não admite reservas[249]:

> Como visto, diversos foram aqueles que reputamos pecados capitais do Estatuto de Roma, dentre os quais destaca-se a completa desconsideração das particularidades jurídico-constitucionais de Estados-parte do mesmo. Infelizmente o entendimento dominante até o momento sobre o Tribunal Penal Internacional tem passado ao largo de problemas cardeais como os aventados, limitando-se a admitir tudo conforme imposto, fazendo de conta que a Constituição nada dispõe sobre o particular.[250]

Em síntese, portanto, não podemos permitir que todos os demais valores tidos como fundamentais do homem sejam sacrificados em nome e em prol dessa tão sonhada segurança, donde, com maestria, adverte Busato:

Turquia. Segundo Mazzuoli, os Estados Unidos e Israel acabaram assinando o Estatuto em 31 de dezembro de 2000 devido à má repercussão internacional ocasionada. Todavia, a ratificação do Estatuto por essas potências se tornou impraticável após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, em Nova York e Washington, bem como após as operações de guerra subsequentes no Afeganistão e na Palestina, respectivamente. Notificaram o Secretário Geral das Nações Unidas de que não tinham intenção de se tornarem parte no respectivo tratado. Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Tribunal Penal Internacional e sua integração ao direito brasileiro,** disponível em: <www.juridicas.unam.mx>.

[248] SGARBOSSA, Luís Fernando; IENSUE, Geziela. **As opções políticas do Estatuto de Roma e seu impacto em relação ao regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais no Brasi**l. Disponível em: <jus2.uol.com.br/doutrina/text>.

[249] SGARBOSSA; IENSUE, op.cit.

[250] SGARBOSSA; IENSUE, op cit.

> Se o tema é defesa da humanidade contra os abusos que se costuma cometer contra ela, não se pode pretender utilizar para a cura um medicamento cujos efeitos se mostram tão daninhos como a própria enfermidade. [251]

Devemos, sobretudo, refletir sobre o perigo de retrocessos no Estado Democrático Brasileiro, movidos pela necessidade da inclusão neste modelo de sistema, o qual é movido pela necessidade de segurança em pertencer à "comunidade":

> Eis o risco.
> E tudo em nome de um hipotético crime contra a humanidade, de um hipotético julgamento de um hipotético ditador tirânico, que talvez nunca se verifique em nosso País.
> A maior ironia em tudo parece ser que o Direito Internacional dos Direitos Humanos, em relação ao Brasil e aos demais países que não admitiam penas perpétuas, extradição de nacionais e quejandos, parece estar produzindo um efeito diametralmente oposto ao seu fim, qual seja, o de enfraquecer e desprestigiar os direitos humanos mais elementares, e o de debilitar uma já débil cultura de respeito à Constituição, o de fragilizar o sistema jurídico interno de proteção dos direitos fundamentais.[252]

Logo, percebemos que a insuficiência e os tensionamentos ocorridos nesse modelo de Estado Constitucional Moderno fez com que a humanidade buscasse soluções fora desse contexto, através de órgãos supraestatais, que acabam por operar muitas vezes a partir da simplificação arbitrária de todo complexo Estatal.

Todavia, o grande desafio para o século XXI, já anunciado por Habermas e descrito por Cruz será a Construção de uma Sociedade Democrática Global (Democracia Transnacional) que respeite as diferentes concepções humanas :

> Será construir um modelo de organização social, política e jurídica que supere e substitua o atual modelo de exclusão e de concentração de riquezas, denominado Estado Constitucional Moderno, por um outro modelo de Poder Público, Democrático, capaz de tornar realidade estes nossos desejos.[253]

---

[251] SGARBOSSA, Luís Fernando; IENSUE, Geziela. **As opções políticas do Estatuto de Roma e seu impacto em relação ao regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais no Brasi**l. Disponível em: <jus2.uol.com.br/doutrina/text>.
[252] SGARBOSSA; IENSUE, op. cit.
[253] CRUZ, Paulo Marcio. **Democracia e pós-modernidade**, 2008, p. 13.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como resultado desta investigação, tecemos as seguintes considerações:

A corrente jusnaturalista influenciou o pensamento político ocidental e procurou explicar a origem e a legitimidade do Poder do Estado, fundamentando o poder civil a partir da existência dos direitos naturais. O consentimento dos indivíduos através do Pacto daria origem à sociedade política. As teorias jusnaturalistas do século XVII levaram a absolutização no conceito de soberania, na relação entre os Estados, e também caminham para a limitação da soberania a partir da lei civil.

A partir do Estado Liberal, desenvolvem-se as duas histórias paralelas e opostas da soberania, quais sejam, de uma progressiva limitação interna no plano do Direito Estatal e a de uma progressiva absolutização externa da soberania no plano do direito internacional.

A concepção liberal redefine as relações entre soberania e Estado e, a partir de então, o povo seria titular da soberania e titular do Poder Constituinte. Deste modo, internamente a soberania passa a sofrer limitações oriundas do Estado Democrático de Direito, na busca da preservação de valores básicos da doutrina liberal: igualdade jurídica, propriedade privada, tolerância religiosa e filosófica, e liberdade pessoal. O Estado passa a estar subordinado ao Direito. Todavia, há que se destacar, como demonstrado por Agamben, que o ordenamento jurídico contém também o seu contrário, pois contempla a suspensão autorizada de direitos.

Com Hegel, a relação entre Estado Moderno (como garantidor da liberdade e centro gerador da normatividade) ganha relevo. O Estado é a universalidade que supera as particularidades.

A partir do final do século XIX, consolida-se a idéia de que o Estado é a única fonte do Direito, e os direitos fundamentais passam a constituir auto-limitações da soberania do Estado.

O Estado de Direito acarreta a subordinação do próprio Poder Legislativo à lei constitucional e aos direitos fundamentais nela estabelecidos.

Por outro lado, desde o colonialismo até a metade do século XX, externamente o Estado podia tudo, ou seja, em âmbito externo, a soberania era ilimitada, manifestando-se como equivalente do Estado de natureza hobbesiano, e, da metade do século XIX à metade do século XX, constatamos a exaltação da guerra como corolário da absolutização da soberania externa.

Assim, ao passo que o Estado de natureza era superado internamente, quanto mais era reproduzido externamente. O século XX é descrito como o mais mortífero da história documentada, e a ausência da limitação da soberania do ponto de vista externo conduziu os Estados-Nação a um verdadeiro Estado de guerra, pela ausência de normas e de um poder cogente acima dos Estados nacionais.

Através da Declaração Universal dos Direitos Humanos, consolidou-se um processo de desenvolvimento normativo surgido durante os séculos XVII e XVIII, e que havia dado lugar às primeiras experiências constitucionais liberais. No dia 10 de dezembro de 2008, a Declaração completou 60 anos, sendo considerada um marco no desenvolvimento do processo de universalização dos direitos humanos, o

qual coloca em questão a noção tradicional de soberania trazida pelo Direito Internacional Público.

A partir da Declaração, aprovada pela assembléia geral da ONU, inaugura-se uma nova era com a crise do Estado-Nação e, inicialmente, apresenta-se como "solução" capaz de retirar os Estados Nacionais do "Estado de Guerra" e passá-los ao Estado Civil.

Desde então, surgem organizações transnacionais e comunitárias entre Estados-Nação, que se vinculam através de pactos e tratados internacionais, no intuito de promover a paz e a segurança entre os Estados. A relação torna-se paradoxal, uma vez que a promoção da segurança requer o sacrifício da liberdade e as comunidades supranacionais acabam por ocasionar a emergência de uma "nova soberania", agora limitada também externamente pelos pactos internacionais que visam à proteção dos direitos humanos.

Esta nova fase caracteriza-se pela tentativa da passagem do Direito Internacional para o Direito Transnacional, acarretando a crise da soberania dos Estados Nacionais, no modelo até então vigente. Todavia, o grande desafio do Direito Transnacional é o de estabelecer uma democracia transnacional, uma vez que não existe uma "vontade geral" capaz de representar os Estados de forma democrática.

Não obstante este fato, a atuação das instituições supranacionais acaba por refletir e alterar mandamentos constitucionais de cada Estado. Os Estados Nacionais acabam por ceder espaço à humanidade em prol de um constitucionalismo global, o qual pode ser claramente vislumbrado através das reformas constitucionais, que comprovam a força integradora que "obriga" os Estados-Nação a mudarem a Constituição para ser adaptada a esse processo.

A noção tradicional de soberania absoluta do Estado, a partir do desenvolvimento do sistema internacional de proteção aos direitos humanos, passa a sofrer um processo de relativização e flexibilização. Só há direitos humanos, globais, internacionais, universais, com soberania flexibilizada, uma vez que, sem isso, não há como projetar esse tema na agenda internacional.

O desenvolvimento desse sistema internacional, tanto em âmbito universal como em âmbito regional, consolida a idéia de que nós, seres humanos, temos direitos protegidos tanto em âmbito interno como em âmbito internacional.

As mudanças são comprovadas tanto pela incorporação desses tratados pelos Estados Nacionais, como pelas modificações e reformas constitucionais ocorridas em diversos países nas últimas décadas.[254]

O processo de internacionalização das normas de proteção aos direitos humanos nos remete à tentativa de um novo contratualismo (contrato social supranacional), como reação ao holocausto da II Grande Guerra, com intuito de garantir a segurança/paz entre os Estado e os Direitos Humanos aos indivíduos.

Entretanto, a análise das relações de Poder entre os Estados nos revela que o desenvolvimento desse sistema trouxe também o seu contrário, uma vez que o século XX passa a ser descrito como o mais mortífero de toda história, e o século XXI caracteriza-se como um tempo de incertezas e de inseguranças.

Constatamos, assim, a existência de um paradoxo já descrito por Proner[255], de que quanto mais aumentam as normas referentes à proteção aos direitos humanos, mais aumentam as suas violações.

---

[254] A Carta Magna de Portugal estabelece, de forma contundente, que os preceitos constitucionais e legais devem ser interpretados e integrados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 16, n. 2). **Jornal o Estado do Paraná**. Caderno Direito e Justiça, ano XVI, n. 818, 07 dez. 2008.

[255] PRONER. Carol. **Os Direitos Humanos e seus Paradoxos**: Análise do Sistema Americano de Proteção, 2002.

O contrato social supraestatal cedo revela uma relação paradoxal envolvendo segurança e liberdade dos Estados, uma vez que os Estados “mais poderosos” não estão dispostos a abrir mão de sua liberdade e aderir às disposições dos Pactos.

Apesar dos esforços impingidos, uma vez que muitos foram os avanços no plano normativo, não existe a possibilidade de garantir a segurança em nível supranacional, em função da ausência de um poder cogente internacional e de espaços democráticos em âmbito internacional, capazes de limitar o poder Imperial dos Estados dominantes.

Contudo, a universalização do sistema de proteção aos direitos humanos conduz para a primazia do valor dignidade, como paradigma a orientar o constitucionalismo contemporâneo, donde decorre o deslocamento da concepção hobbesiana de soberania (centrada no Estado) para uma concepção kantiana (centrada na cidadania universal).

Essa é também a orientação exegética adotada pela nossa Magna Carta promulgada em 1988, ao dispor no artigo 5º parágrafo 2º que os Direitos e Garantias expressos nesta Constituição não excluem outros, decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados em que a República Federativa do Brasil seja parte.

A inserção do Estado Brasileiro dentro dessa sistemática deu-se de forma tardia, devido ao longo período de ditadura militar vivenciado entre os anos de 1964 e 1985, uma vez que, para tanto, seria necessária a existência de Instituições e garantias democráticas.

Todavia, após o processo de redemocratização do Estado Brasileiro, este passou a ratificar os mais importantes tratados e pactos internacionais, tanto em âmbito global como regional, inserindo-se dentro desse sistema.

O processo de inclusão normativa ocorreu de forma bastante acelerada, considerando o pequeno lapso temporal, de vinte anos, decorrido entre esse processo (1988) e os tempos atuais (2008/2009).

Também merece destaque, dentre as políticas implementadas, a criação dos dois Programas Nacionais de Direitos Humanos, visando a efetivação das disposições e direitos contemplados nos tratados. Pode-se afirmar, com certeza, que as alterações normativas foram bastante numerosas a partir de então.

Saliente-se, ainda, que em 03 de dezembro de 1998, o Estado Brasileiro reconheceu a competência jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos[256], por meio do Decreto Legislativo n. 89/98 e, em 07 de fevereiro de 2000, o Brasil assinou o Estatuto do Tribunal Internacional Criminal Permanente.

Dentre as alterações de maior expressão que produzem reflexo diretamente na soberania do Estado Brasileiro, dentro desse período, identificamos duas trazidas pela Emenda Constitucional 45/2004.

A primeira alteração refere-se à hierarquia das normas contempladas em tratados relativos aos Direitos Humanos, sendo que, inicialmente, a alteração foi aplaudida por aqueles que entenderam que a mesma tinha por escopo colocar fim à celeuma entre o posicionamento doutrinário dominante (da hierarquia constitucional desses tratados) e as diferentes correntes jurisprudenciais (infra-constitucionalidade)

---

[256] Cumpre salientar que, atualmente, estão pendentes na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, mais de quarenta casos internacionais contra o Brasil, que poderão (se houver fatos novos) ser submetidos à jurisdição da Corte Interamericana. Uma vez mais, é a União que será convidada a responder internacionalmente pela violação.

Todavia, caracterizamos esta alteração como semelhante ao que ocorre com a “Exceção Soberana”, descrita por Agambén, ao constatar que o próprio ordenamento jurídico contém o seu contrário, ou seja, identifica-se, através desse dispositivo, que o controle sobre as disposições dos tratados de direitos humanos novamente ficam a critério do “Estado Brasileiro”, ainda que contrarie expressa disposição constitucional anterior.

Ao estipular a necessidade de quorum para aprovação dos tratados de direitos humanos, o Estado busca manter a higidez de sua soberania, na medida em que só seriam equivalentes a normas constitucionais aqueles tratados aprovados por 3/5 dos votos, pelo mesmo procedimento necessário à aprovação das emendas constitucionais.

Assim, a opção de incorporação de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, com o status de lei ordinária (regra geral), ou com o status de norma constitucional (CF, art. 5, § 3º), é ato discricionário do Congresso Nacional e dependerá apenas de critérios de oportunidade e conveniência, quando da análise do caso concreto.

Ao contrário de privilegiar os instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, a Emenda Constitucional 45/2004 colocou a sua vigência na esfera de conveniência e oportunidades políticas do Poder Legislativo Federal, de modo que pode o Congresso Nacional conferir ou não a hierarquia constitucional às disposições constantes nesses tratados.

Por outro lado, os reflexos no Constitucionalismo Brasileiro podem ser vistos ainda em virtude da própria alteração no posicionamento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (tribunal tido como guardião da Constituição), ao abordar a questão da hierarquia das normas de proteção aos direitos humanos em

face do clássico debate referente à possibilidade da prisão civil do depositário infiel. Assim, Ministros que antes entendiam que prevalecia a norma constitucional referente à possibilidade da prisão civil, recentemente mudaram de posicionamento, e entendem pela impossibilidade desta, em virtude da supralegalidade dos tratados relativos aos direitos humanos diante da impossibilidade de prisão civil por dívida oriunda do Pacto de São José da Costa Rica.

Há, assim, interesse na constitucionalização das normas internacionais assecuratórias dos direitos humanos; todavia, dentro desse novo quadro que se apresenta, o grande desafio deste novo século é o de encontrar uma fórmula capaz de equilibrar os avanços e retrocessos oriundos da paradoxal relação entre Poder e Direito.

A segunda alteração trazida pelo Constitucionalismo Contemporâneo Brasileiro, e que afeta diretamente a soberania do Estado, refere-se à inclusão do §4º ao artigo 5º da Constituição Federal Brasileira, através da Emenda Constitucional 45/2004, que assim dispõe: “O Brasil se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”.

Esse Tribunal surgiu como aparato complementar às cortes nacionais, tendo por escopo o julgamento dos mais graves crimes internacionais, como genocídio, crimes contra humanidade e crimes de guerra (violação ao direito internacional humanitário).

Os pontos mais polêmicos, frequentemente apontados no que concerne à compatibilidade entre o Estatuto de Roma e a Constituição Federal Brasileira, ocorrem em relação aos artigos 77 (pena de prisão perpétua) e 89 (entrega do acusado ao Tribunal) do Estatuto.

Não obstante, a questão fundamental não se encontra restrita a esses dois principais dispositivos, que sempre são objeto de polêmica na doutrina pátria, pelo que concordamos com Busato[257], a partir de uma interpretação sistemática de que as incongruências são bastante severas, o que constitui um inegável retrocesso quando fere dispositivos maiores garantidores do Estado Democrático de Direito.

A sistemática prevista pelo Tribunal não se coaduna com o princípio da igualdade, uma vez que não corresponde ao produto da vontade de toda a humanidade organizada, não cumpre com o princípio da intervenção mínima de direito penal, não seleciona os ataques mais graves aos bens jurídicos importantes à humanidade, ofende o princípio da legalidade no que tange ao tipo penal genocídio, e fere o Direito Penal Garantista, pela imprescritibilidade do crimes da seara de competência desse Tribunal.

A polêmica do constitucionalismo contemporâneo aponta para a necessária regência das relações entre o direito interno e o direito internacional, de sorte que quando os Estados assumem compromissos através de convenções internacionais de proteção dos direitos humanos, acabam por restringir sua soberania.

Mas, quando o assunto refere-se à Soberania, Direitos Humanos e ao Tribunal Penal Internacional, não é demais relembrar que os Estados Unidos e outros Estados "poderosos" se recusam a se submeter a jurisdição desse Tribunal, e, no entendimento de Zolo[258], nenhuma das instituições universalistas que surgiram na primeira metade do século passado, nem a jurisdição penal internacional, deram boa prova de si mesmas.

Existe, assim, um sistema dualista da justiça internacional, um para as grandes potências, que gozam de absoluta impunidade tanto pelos crimes de

---

[257] BUSATO, Paulo César. Tribunal Penal Internacional e Expansão do Direito Penal**. Direito e Sociedade**, 2001, p. 421-437.

[258] ZOLO, Danilo. **La Justicia de Los Vencedores,** 2007, p. 19.

guerras como pelas agressões praticadas nos últimos tempos, mascaradas sob a égide de guerras preventivas contra o terrorismo global.

Existe uma justiça dos vencedores, que, segundo Zolo[259], se aplica aos derrotados, aos débeis, aos oprimidos, com a conveniência das instituições internacionais, sob o silêncio de grande parte dos juristas acadêmicos e com a conivência dos meios massivos de comunicação.

As chamadas organizações não-governamentais provavelmente estão a serviço de seus próprios governos e interesses.[260]

E, sendo assim, cumpre refletir:

Qual o papel do Estado brasileiro dentro desse contexto?

---

[259] ZOLO, Danilo. **La Justicia de Los Vencedores,** 2007, p.18.

[260] " 'Por que a comunidade internacional e as Nações Unidas têm feito tão pouco? As Nações Unidas só agem de maneira eficaz quando seus principais membros desejam. A oposição dos Estados Unidos contra a proteção dos palestinos fez com que as Nações Unidas não cumpram sua própria carta. Ela deveria exigir trégua, retirada das tropas e fim do bloqueio imediatos', explica. 'Em seguida, gostaria que o povo palestino decidisse sua condição'. ". Disponível em: <www.globo.com./noticias>. Acesso em: 07 jan. 01/2009.
" 'Segundo Falk, Israel rompeu a trégua que o Hamas buscava em troca das fronteiras voltarem a ser como em 1967. Ele afirma que muitas pessoas tentam fugir da guerra na Faixa de Gaza. A ausência de refugiados mostra que Israel impôs tal força que ninguém pode sair de Gaza. Israel comete um crime contra a humanidade e deve ser punida por isso', afirma. 'Como o país não faz parte do Tribunal Penal Internacional, seria necessário criar uma corte especial para o julgamento'. ". Disponível em: <www.globo.com./noticias>. Acesso em: 07 jan. 2009.

REFERÊNCIAS

A EMENDA Constitucional 45/2004 e os novos regimes jurídicos dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos. **Jus navigandi**, Teresina, ano 9, n. 575, 2 fev. 2005. Disponível em: <http//jus2.uol.com.br/doutrina/texto>. Acesso em: 30 out. 2008.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção.** Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boi Tempo, 2004.

ARAGÃO, Selma Regina. **Direitos Humanos**: do mundo antigo ao Brasil de todos. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ARIOSI, Mariângela F. **Direito Internacional e soberania nacional**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp>. Acesso em: 23 ago. 2007.

BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais**? Tradução de José Manuel. M. Cardoso da Costa. São Paulo: Livraria Almedina, 1994.

BAUMAN, Zigmunt. **Comunidade:** a busca por segurança no mundo atual. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. 4. ed., Brasília: Editora UnB, 1997.

BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de política**. 6. ed. Tradução de Carmem Varrialle et al. Brasília: Editora UnB, 1994.

BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo, **Sociedade e estado na filosofia política moderna.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Brasiliense: São Paulo, 1986, p. 33-74.

BODIN, Jean. **Os seis livros da República**. Madrid: Aguilar, 1973.

BRAUN, Helenice da Aparecida Dambrós. **O Brasil e os Direitos Humanos**: a Incorporação dos Tratados em Questão. Ijuí: Editora Unijuí, 2001.

BUERGENTHAL, Thomas. **International Human Rights**. ST. Paul, Minnesota, West Publishing CO, 1988.

BUSATO, Paulo César. Tribunal Penal Internacional e Expansão do Direito Penal. **Direito e Sociedade,** Revista do Ministério Público do Estado do Paraná (Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional), v. 2, n. 1, jan./jun. 2001, p. 421-437.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

_____. Teoria jurídico-constitucional dos direitos fundamentais. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, ano IV, n. 45, p. 40, set. 2000.

CARBONARI, Paulo César (Org). **Sentido Filosófico dos Direitos Humanos**: Leituras do Pensamento Contemporâneo. Passo Fundo: Editora Ifibe, 2006.

CARVALHO, J. M. **Cidadania no Brasil:** o longo caminho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

CARTA das Nações Unidas. Disponível em: <www.onu-brasil.org.br>. Consulta em: 27 jul. 2008.

CHOUKR, Fauzi Hassan, AMBOS, Kai (organizadores). Tribunal Penal Internacional. São Paulo: Editora RT, 2000.

COLETTI. Luciana. Norberto Bobbio: Historicidade dos Direitos Humanos. In: CARBONARI, Paulo César (Org). **Sentido Filosófico dos Direitos Humanos**: Leituras do Pensamento Contemporâneo. Passo Fundo: Editora Ifibe, 2006.

COMPARATO. Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 74 -75

COSTA. Lúcia Cortes da. **Os impasses do Estado Capitalista**: uma análise sobre a reforma do Estado no Brasil. Ponta Grossa: Editora UEPG; São Paulo: Cortez, 2006.

CRUZ, Fabrício Bittencourt da. Direito cosmopolita: uma proposta ao mundo globalizado. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Direitos Humanos**. v. I. Curitiba: Juruá, 2006.

CRUZ, Paulo Marcio. **Soberania e Superação do Estado Constitucional Moderno**. Disponível em: <//www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_e_politica_paulo_marcio_cruz.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2007.

CRUZ, Paulo Marcio. Democracia e pós-modernidade. **Revista Jurídica da Faculdade União**, v.2, n.1, 2008.

DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. Tratados internacionais na Emenda Constitucional 45. In: TAVARES, André Ramos et al. **Reforma do Judiciário**: Analisada e Comentada. São Paulo: Editora Método, [s.d.].

DIREITOS humanos evoluem na jurisprudência do STF referente à prisão civil de depositário infiel. 09 dez. 2008. Texto disponível em: <www.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 12 jan. 2009.

EIDE, Asbjorn. La significación histórica de la Declaración Universal. Disponível em: <www.unesco.org>. Acesso em: 27 mar. 2001.

EUA podem negociar imunidade. **Folha de São Paulo**, Mundo, A14, quinta-feira, 4 de julho de 2002.

FALK, Richard. **Soberania e Direitos Humanos**: a busca da reconciliação. Disponível em: <www://usinfo.state.gov/journals/itdhr/0500/ijdp/falk.htm>. Consulta em: 26 set. 2007.

FERRAJOLI, Luigi**. A Soberania no Mundo Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FLORES, Joaquim Herrera. Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Direitos Humanos.** v. I. Curitiba: Juruá, 2006.

FRAGA, Mirtô. **O Conflito entre Tratado Internacional e a Norma de Direito Interno**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 20.

HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-nacional.** Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

_____. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. v. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HISTÓRIA das Grandes Idéias do Mundo Ocidental. São Paulo: Abril Cultural, 1972. (Os Pensadores, v. II, v.III).

HOBBES, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. São Paulo: Abril Cultural, 1974. (Os Pensadores, v. XIV).

HOBSBAWM, Eric. **Globalização, democracia e terrorismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

J-B, Marie**. La Comission des droits de l'homme de l'ONU**. Paris: Pédone, 1975.

JORNAL O ESTADO DO PARANÁ. Caderno Direito e Justiça, ano XVI, n. 818, 07 dez. 2008.
KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOSIK, Karel. **Dialética do Concreto**. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia da Letras, 1988.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o governo**: Ensaio relativo à verdadeira origem extensão e objetivo do Governo Civil. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Os Pensadores, v. XVIII).

MAIA NETO, Cândido Furtado. **Teoria Penal dos "Res" e os Direitos Humanos**. Disponível em: <http://br.monografias.com/trabalhos-pdf902/teoria-penal-res/teoria-penal-res.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2009.

MARQUES. Elídio Alexandre Borges. **Imperialismo e Direitos Humanos no século XXI:** restrições legais e violações diretas às liberdades individuais na atual fase de acumulação capitalista. 2007. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos Humanos, Constituição e os Tratados internacionais:** estudo Analítico da situação e aplicação do Tratado na Ordem Jurídica Brasileira. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

_____. **O Tribunal Penal Internacional e sua integração ao direito brasileiro**. Biblioteca virtual del Instituto de Investigaciones Jurídica de la UNAM. Disponível em: <www.juridicas.unam.mx>. Acesso em: 02 nov. 2008.

MELLO, Celso D. Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Freitas Bastos, 1976.

MEKSENAS, P. **Sociologia da educação.** São Paulo: Loyola, 1988.

MORAES. Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1 a 5 da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MULLER, Marcos Lutz. **Estado e Soberania**: o 'idealismo da soberania'. Disponível em: <http://br.geocities.com/matrizeshegelianas/estadoesoberania.html>. Acesso em: 27 ago. 2007.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. Segurança Nacional, Soberania e Sociedade Civil. **Perspectivas**, São Paulo, v. 30, p. 99-120, 2006.

PAREKH. Bhikhu. Non-ethnocentric universalism. In: DUNNE, Tim; WHEELER, Nicholas J. (Ed.) **Human Rights in Global Politics**. Cambridge: Cambridge University Press, [s.d.], p. 128.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. **Princípio da Complementariedade e Soberania.** Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/textos/tpi_piovesan.html>. Acesso em: 27 ago. 2007.

_____. **O sistema interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro**. São Paulo: RT, 2000.

_____ (Coord.). **Direitos Humanos**. v. I. Curitiba: Juruá, 2006.

_____. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006a.

_____. **O Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/>. Acesso em: 07 out. 2007.

_____. Reforma do Judiciário e Direitos Humanos.. In: TAVARES, André Ramos et al. **Reforma do Judiciário**: Analisada e Comentada. São Paulo: Editora Método, [s.d.].

PRONER, Carol. **Os Direitos Humanos e seus Paradoxos**: Análise do Sistema Americano de Proteção. Porto Alegre: Fabris, 2002.

RICHARDSON, Roberto Jarry. **Pesquisa Social**: Métodos e Técnicas. São Paulo: Atlas, 1999.

RODRIGUES, Simone Martins. **Justiça Restaurativa, Dialogia e Reestruturação Social**: Tribunais Internacionais e Comissões de Verdade na África. Instituto Universitário de Pesquisa do Rio de Janeiro, 2004. Disponível em: <www.iuperj.br.teses>. Acesso em: 12 out. 2007.

ROUANET, Sérgio Paulo. **Iluminismo ou Barbárie. Mal-Estar na Modernidade.** São Paulo: Companhia de Letras, 1993.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Os Pensadores, v. XXIV).

SANTOS, Boaventura de Souza. **Por uma concepção multicultural de Direitos Humanos.** Mimeografado.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Reconhecer para libertar**: Os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SARLET, Ingo. Wolfgan. A abertura material do Catálogo Constitucional dos Direitos Fundamentais e os Tratados Internacionais em matéria de Direitos Humanos. In: SCHAFER, Jairo (Org.). **Temas polêmicos do constitucionalismo contemporâneo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

_____. A Reforma do Judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: observações sobre o § 3º do artigo 5º da Constituição. **Revista Âmbito Jurídico**. Disponível em: <www.ambitojurídico.com.br>. Acesso em: 04 jan. 2009.

SCHAFRANSKI. Márcia et al. **Sociologia**: Consensos e Conflitos. Ponta Grossa: Editora UEPG, 2001.

SCHILLING, Voltaire. **As Grandes correntes do pensamento**: da Grécia antiga ao neoliberalismo. Porto Alegre: AGE, 1998.

SEM IMUNIDADE em tribunal penal, EUA vetam missão da ONU na Bósnia. **Folha de São Paulo.** Mundo, A13, segunda- feira, 1º de julho de 2002.

SEN, Amartya. **Direitos Humanos e Diversidade Cultural**. Disponível em: <http://www.aartedepensar.com/leit_sen.html>. Consulta em: 12 out. 2007.

SGARBOSSA, Luis Fernando. **Direitos e Garantias Fundamentais Extravagantes**. Interpretação Jusfundamental "Pro Homine". Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

SGARBOSSA, Luís Fernando; IENSUE, Geziela. **As opções políticas do Estatuto de Roma e seu impacto em relação ao regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais no Brasi**l. Disponível em: <jus2.uol.com.br/doutrina/text>. Acesso em: 05 jan. 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 171.

SILVA, Marcelo Guimarães da Rocha e. **Direitos humanos no Brasil e no mundo**: criação de um tribunal internacional permanente. São Paulo: Editora Método, 2002.

STEINER. Sylvia Helena F. **O Tribunal Penal Internacional**. Disponivel em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/tpi_steiner.html>. Acesso em: 05 jan. 2009.

TAYLOR, Charles. **The Philosophy of Human Rights. A World Consensus on Human Rigths?** p. 409. Mimeografado.

TOBEÑAS, José Castan. Los derechos del Hombre. Madrid: Reus S.A, 1959.

TOMAZI, Nelson Dacio. **Sociologia da Educação.** São Paulo: Atual, 1997.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. v. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

VAZ, Henrique Cláudio de Lima. In: TOSI, Giuseppe. **Direitos Humanos, Direitos Humanizantes.** Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/tosi/artigo1.htm>. Acesso em: 14 set. 2007.

VIEIRA, Evaldo. **Estado e miséria social no Brasil.** 2. ed. São Paulo: Cortez, 1987.

VITA, Álvaro de. **Sociologia da Sociedade Brasileira**. São Paulo: Ática, 1989.

ZOLO, Danilo. **La Justicia de Los Vencedores**: de Nuremberg a Bagdad. Tradução de Elena Bossi. Buenos Aires: Edhasa, 2007.