



Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"

KAROLINE DE FÁTIMA FERREIRA

**A INFLUÊNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS
HUMANOS NA CONSTRUÇÃO DE UMA NOVA CONCEPÇÃO DE
SOBERANIA**

**ASSIS
2013**

KAROLINE DE FÁTIMA FERREIRA

**A INFLUÊNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS
HUMANOS NA CONSTRUÇÃO DE UMA NOVA CONCEPÇÃO DE
SOBERANIA**

Pesquisa de Iniciação Científica apresentada ao Departamento do curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e à Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA.

Orientador: Me. Fernando Antônio Soares de Sá Júnior

Área de Concentração: Direito Internacional

ASSIS

2013

FICHA CATALOGRÁFICA

FERREIRA, Karoline de Fátima.

A influência do Direito Internacional dos Direitos Humanos na Construção de na nova concepção de Soberania/ Karoline de Fátima Ferreira. Fundação Educacional do Município de Assis – Fema - Assis, 2013.

Págs 78.

Orientador: Professor. Me. Fernando Antônio Soares de Sá Júnior

Pesquisa de Iniciação Científica – Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA

1. Soberania 2. Direitos Humanos 3. Ordem Internacional

CDD: 340

Biblioteca da FEMA.

A INFLUÊNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS NA CONSTRUÇÃO DE UMA NOVA CONCEPÇÃO DE SOBERANIA

KAROLINE DE FÁTIMA FERREIRA

Pesquisa de Iniciação Científica apresentada ao Departamento do curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e à Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA.

Orientador: Me. Fernando Antônio Soares de Sá Júnior _____

Examinador: _____

ASSIS
2013

DEDICATÓRIA

*Posso não ter seus conselhos. Mas terei para sempre
seu exemplo.*

*Posso não ver mais o brilho de seus olhos. Mas
sempre o reconheço na estrela mais brilhante do céu.*

*Posso não ter mais seu abraço. Mas tenho certeza de
que conto com sua proteção.*

*Posso não te ver mais ao meu lado. Mas tenho certeza
de que esteve e sempre estará comigo a cada passo que eu der.*

Por tudo isso, meu “Ben”, essa é para você Vô.

*Sempre e para sempre à minha
adorável e amada avó Ana Lúcia !*

AGRADECIMENTOS

À Deus, pelo dom da vida, pela força e garra que fez nascer em mim diante dos momentos de fraqueza e dificuldades.

À minha mãe e a minha avó por me proporcionarem o estudo superior e por sempre apoiarem tudo o que me faz bem e feliz.

À minha irmã *Karine*, exemplo de determinação, dedicação e disciplina em que busco sempre me espelhar e ao meu irmão *Kauê* pelo seu carinho e incentivos diários.

À *Thiago*, grande incentivador dessa graduação, por dispensar-me toda a compreensão e paciência mesmo diante das constantes variações de humor e da privação do nosso convívio, desde o primeiro até o último dia de aula.

Não poderia deixar de expressamente agradecer aos estimados mestres *Fábio Alonso Pinha* e *Gerson José Beneli* por terem se mostrado além da figura de um docente, mas como amigos e colegas de profissão a quem sempre pude recorrer nos momentos de dúvidas e dificuldades.

À *Isabella Cardoso Silva*, amiga e companheira de sempre, pelo carinho e cumplicidade com que sempre me brindou.

À *Patrícia Marcucci*, pela amizade que nos une e que não tem preço, agradeço seu companheirismo, paciência e motivação durante todos esses anos.

Deixo registrado meus agradecimentos a todos os funcionários do escritório *Baldani, Terçarioli* e *Reigota* na pessoa de *Renato Francisco da Silva*, e aos advogados *Dionisio Terçarioli* e *Ademar Baldani*, exemplos de profissionais honestos e dignos em quem busco me espelhar. A todos meu muito obrigado !

Agradeço de modo especial:

Ao professor mestre orientador *Fernando Antônio Soares de Sá Júnior*, figura ímpar a quem endereço minha gratidão por prestar efetiva contribuição à consecução deste estudo, através de observações acuradas e críticas estimulantes. Agradeço, sobretudo, pela confiança depositada nos momentos mais difíceis. Nosso convívio

ao longo desses 2 anos de orientação, com projetos e pesquisas distintas, deixa boas lembranças de seu vigor intelectual e de amplo conhecimento jurídico.

À *Ademar Fernando Baldani e Alessandro Adalberto Reigota*, a quem devo minha eterna gratidão por todas as oportunidades a mim confiadas, as quais foram decisivas em minha trajetória acadêmica e profissional. Agradeço os ensinamentos e a paciência de dentre tantos afazeres sempre responder meus incontáveis questionamentos. Deixo registrado o exemplo de humildade e generosidade de vocês!!!

Por fim, acredito que enumerar pessoas amigas que, direta ou indiretamente, me auxiliaram é impossível sem cometer injustiças e omissões. Por isso, agradeço a todos que fazem parte dessa caminhada e que torcem por mim.

Muito obrigado!

“Que tempos são estes, em que é necessário defender o óbvio?”

Bertolt Brecht

“Entrega o teu caminho ao Senhor; confia nele, e ele tudo fará”.

Salmo 37.5

RESUMO

O conceito tradicional de soberania o identifica como poder supremo e absoluto que qualifica determinado Estado diante dos demais. Entretanto, essa concepção de soberania tem sido utilizada como justificativa de muitos Estados com relação à inefetividade e o desrespeito à proteção do direito internacional dos direitos humanos, direitos estes inerentes a condição humana e proclamados em 1948 como universais, por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Diante desse cenário, desenvolvemos nosso trabalho através de uma análise crítica direcionada a concepção tradicional da soberania, considerada como absoluta e incontestável, mas especificamente no Estado Brasileiro, frente à universalização dos direitos humanos e ao reconhecimento do indivíduo como sujeito de direito internacional.

A pretensão foi buscar subsídios para a construção de um novo conceito de soberania estatal redesenhado a partir do paradigma da revitalização da soberania em decorrência da efetivação da proteção internacional dos direitos humanos, ao constatar que o Estado é detentor de um poder soberano relativo e não mais absoluto quanto o assunto tratar de direitos humanos.

Palavras-chave: Soberania - direitos humanos - Ordem internacional

ABSTRACT

The traditional concept of sovereignty identifies as supreme and absolute power that qualifies certain state before others. Nevertheless, the concept of sovereignty has been used as justification for many states with regard to the ineffectiveness and disrespect to the protection of international human rights law, these rights inherent to the human condition in 1948 and proclaimed as universal, through the Universal Declaration of Human Rights.

Given this scenario, we have developed our work through a critical analysis directed to the traditional conception of sovereignty, regarded as absolute and incontestable, but specifically in the Brazilian State, opposite the universalization of human rights and the recognition of the individual as a subject of international law.

The intention was to seek subsidies to build a new concept of state sovereignty redesigned from the paradigm of the revitalization of sovereignty due to the effectiveness of the international protection of human rights, finding that the State holds a sovereign power on and no more absolute treat as the subject of human rights.

Keywords: sovereignty - human rights - international order

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.: Artigo

CEDH: Convenção Europeia de Direitos Humanos

CF: Constituição Federal

ONU: Organização das Nações Unidas

p. – Página

TPI – Tribunal Penal Internacional

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1. O ESTADO SOBERANO NO DIREITO INTERNACIONAL	15
1.1 – DO ESTADO	15
1.1.1 – Noção de Estado e acepções doutrinárias	15
1.1.2 – Teorias sobre a origem do Estado	19
1.1.3 – Gênese histórica do Estado Moderno	20
1.2 – SOBERANIA.....	25
1.2.1 – Prenúncio histórico e conceito de soberania.....	25
1.2.2 – Teorias justificadoras e características do poder soberano.....	29
2. DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E O DIREITO BRASILEIRO	32
2.1 – DIREITOS HUMANOS	32
2.1.1 – Terminologia e conceito.....	32
2.1.2 – Afirmação histórica dos direitos humanos	35
2.1.3 – Características dos Direitos Humanos.....	49
2.2 – O DIREITO BRASILEIRO EM FACE DO SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....	51
2.2.1 – Do processo de institucionalização dos Direitos Humanos pelo Direito Brasileiro	51
2.2.2 – A incorporação dos Tratados de Proteção dos Direitos Humanos pela Ordem Jurídica Brasileira.....	56
3 - A SOBERANIA FRENTE À NECESSIDADE DE PROTEÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS	58
3.1 – A CRISE DA SOBERANIA ABSOLUTA ESTATAL E SUA MITIGAÇÃO.....	58
3.2 – DISCUSSÃO ACERCA DE UMA NOVA CONCEPÇÃO DE SOBERANIA NO BRASIL FRENTE AO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS	62
CONCLUSÃO	66
REFERÊNCIAS	68

ANEXO	73
ANEXO 1.....	73

INTRODUÇÃO

Inevitavelmente, ideia de relativizar a soberania coloca frente a frente dois conceitos importantes, que carregam em seu significado peculiaridades a serem tratadas ao longo deste estudo. Trata-se do confronto entre o conceito de direitos humanos e soberania estatal.

Esse entendimento se traduz na noção de que os direitos humanos não fazem parte apenas da jurisdição interna dos Estados. Direitos Humanos são prerrogativas que todos os indivíduos, em qualquer lugar, devem ter e das quais ninguém pode ser privado sem que haja uma grave ofensa a justiça, que é direito humano devido a todos os indivíduos.

Destaca-se o direito humano à proteção internacional, pois o que acontece com os indivíduos, em qualquer parte do mundo, não faz parte apenas da jurisdição interna dos Estados. Faz-se alusão à garantia dada pela Carta das Nações Unidas de que não há diferenciação entre os indivíduos e de que todos têm direito à proteção internacional.

O estudo deste instituto se mostra relevante visto que é dever do Estado amparar-se de mecanismos hábeis a assegurar a sociedade os direitos humanos, entretanto, sem que essa proteção acarrete a extinção do poder soberano do Estado.

O presente trabalho buscou elementos para reconstrução da concepção da soberania, harmonizando-a com a efetivação dos direitos humanos e as novas exigências da ordem internacional, não só no âmbito jurídico, mas também político e social.

Assim, para perfeita compreensão do tema, procuramos traçar no primeiro capítulo a contextualização história do Estado e da soberania, analisando detalhadamente todos seus aspectos.

Em seguida, no segundo capítulo traçamos uma visão panorâmica dos Direitos humanos, desde sua evolução histórica até sua universalização. E ainda apresentamos a adoção dos direitos humanos no Brasil e a incorporação de tratados internacionais na ordem jurídica.

No terceiro e último capítulos foram analisadas os principais fatores de ordem interna e externa que justificam a limitação da soberania, sobretudo, em razão da universalização dos direitos humanos. E por fim, apresentamos os fundamentos que justificam e ratificam a ideia de mitigação da soberania no âmbito do direito brasileiro, apresentando argumentos constitucionais e doutrinários a respeito do tema.

A relativização da soberania enseja amplo debate sobre o assunto a fim de que sirva realmente aos ensejos sociais, sendo o presente trabalho um pequeno instrumento a fomentar a discussão sobre o tema.

1. O ESTADO SOBERANO NO DIREITO INTERNACIONAL

1.1 – DO ESTADO

1.1.1 – Noção de Estado e acepções doutrinárias

A palavra “estado” em seu sentido etimológico deriva do latim “status” - estar firme – que indica condição de ser ou estar das coisas. Conforme se pode verificar, o termo “estado” apresenta vários significados, de modo em que dependendo do contexto, dos métodos de abordagem e interpretação em que for empregado, assumirá conceitos e características diversas sobre sua essência, alterando inclusive, a própria função do que seja Estado.

No sentido ontológico, Estado significa um organismo próprio dotado de funções próprias, ou seja, o modo de ser da sociedade politicamente organizada, uma das formas de manifestação do poder. (BASTOS, 1999, p. 35)

A par disso, salienta-se que quando empregado na presente pesquisa o termo Estado se apresenta em seu sentido ontológico, de modo a indicar uma sociedade política organizada.

Nos tempos Antigos gregos e romanos denominavam a sociedade política como *polis* e *res pública*, respectivamente. Segundo Maluf (2006, p. 20), a denominação de Estado, com a exata significação que lhe atribui o direito moderno, foi desconhecida até o limiar da Idade Média, quando as expressões empregadas eram *rich*, *imperium*, *land*, *terrae*, etc. Teria sido a Itália o primeiro país a empregar a palavra *Stato*, embora com uma significação muito vaga. A Inglaterra, no século XV, depois a França e a Alemanha, no século XVI, usaram o termo *Estado* com referência à ordem pública constituída. Mas, foi o filósofo e jurista florentino Nicolau Maquiavel, criador do direito público moderno, quem definitivamente introduziu a expressão Estado na literatura científica, como sociedade política organizada, por meio de seu livro titulado como “O Príncipe”, escrito no ano de 1513.

Nas palavras de Nicolau Maquiavel:

Todos os Estados que existem e já existiram são e foram sempre repúblicas ou principados. Os principados ou são hereditários, quando por muitos anos os governantes pertencem à mesma linhagem, ou foram fundados recentemente. Estes últimos podem ser de todo novos, como aconteceu com o de Francisco Sforza, em Milão, ou são acréscimos aos domínios hereditários de um príncipe, que os anexa, como ocorre com o reino de Nápoles, com relação ao rei da Espanha. Os súditos dos domínios assim adquiridos estavam previamente habituados ao governo de outro príncipe, ou de outrem, quando não pela força do seu próprio valor ou sorte. (MAQUIAVEL, 2004, p. 29)

Nesse momento, o enfoque direciona-se a apresentação da evolução do Estado na história, seus principais fundamentos e mudanças de paradigmas, para que possamos então construir o conceito de Estado Pós-Moderno sob a ótica do Direito Internacional, com o fito de verificar a possibilidade jurídica e política de relativização da soberania do Estado brasileiro, à luz da efetiva proteção dos direitos humanos.

É imperioso salientar que, não é simples a tarefa de precisar o momento histórico em se deu o aparecimento do aparato estatal, de modo que o pesquisador encontra divergentes construções doutrinárias sobre o tema.

Com efeito, de acordo com Baracho, “o Estado como organização jurídico-política por excelência das sociedades civilizadas, deve ser considerado categoria essencialmente histórica, que sucede outras formas de organização política”. (BARACHO *apud* SOARES, 2001, p. 119)

Nos tempos antigos, os grupos sociais se organizavam espontaneamente, em face às necessidades dos indivíduos de se agruparem com o escopo de alcançar objetivos em comum, necessários para a própria subsistência.

Com o passar do tempo, devido a crescente complexidade das relações humanas, e da intensificação dos conflitos de interesses geradas no próprio seio dos agrupamentos, passou-se a exigir a codificação de direitos.

De acordo com Dallari:

A própria natureza dos fins do Estado exige dele uma ação intensa e profunda, continuamente desenvolvida, para que ele possa realizá-los, o que produz, inevitavelmente, uma permanente possibilidade de conflitos de interesses, que serão mais bem resguardados e adequadamente promovidos só através do direito. (DALLARI, 2001, p. 107)

Nesse cenário, surge o Estado de Direito, que reflete uma sociedade política organizada juridicamente por meio de leis que disciplinam o comportamento de todos os cidadãos, dentro de um território delimitado, com o objetivo de evitar conflitos de interesses, garantindo a todos direitos e deveres, sob a liderança de um governo autônomo.

De acordo com Aderson de Menezes:

(...) o estado que, sem ser a maior de todas as sociedades, possui sobre as outras uma supremacia indisfarçável, decorrente especialmente da compulsoriedade que lhe é privativa e que se bifurca em dois fatores positivos: a obrigação de em sua jurisdição o homem permanecer e, em aí ficando, não poder resistir à sua força coercitiva. Tal atributo é inerente ao Estado, dele não dispendo as demais sociedades, cujas atividades, de resto, se organizam e desenvolvem dentro do Estado, que, com sua sanção, as regulam e disciplina, podendo favorecê-las ou não, suprimindo-as inclusive (...). O Estado é uma sociedade necessária, obrigatória e dominadora, da qual o homem, como ser associativo, não se evade nunca. (MENEZES, 2005, p. 45)

Estado é a sociedade necessária em que se observa o exercício de um governo dotado de soberania a exercer o seu poder sobre uma população dentro de um determinado território, onde cria, executa e aplica seu ordenamento jurídico, visando ao bem comum. (FILOMENO, 2009, p. 66)

O jurista e filósofo Hans Kelsen acrescenta que o maior valor que advém ao Estado, isto é, aos seus órgãos, em relação aos súditos, consiste em que a ordem jurídica confere aos indivíduos qualificados como órgãos do Estado, ou, pelo menos, há entre eles - os chamados órgãos da autoridade pública - a faculdade de obrigar os súditos através de uma manifestação unilateral de vontade (comando). (KELSEN, 1999, p.196)

É imperioso ressaltar que o Estado compõe-se, necessariamente da conjugação de três elementos: população, território e governo.

Em aspectos gerais, a condição de Estado perfeito pressupõe a presença concomitantemente e conjugada desses três elementos, revestidos de características essenciais: população homogênea, território certo e inalienável e governo independente. De modo que a ausência ou desfiguração de qualquer

desses elementos retira da organização sócio-política a plena qualidade de Estado. (MALUF, 2006, p.23)

Em breves palavras, a população é o elemento humano do Estado, que consiste na reunião de indivíduos em determinado local e, com ânimo definitivo, com o fito de se organizarem politicamente. Já o território apresenta-se como o elemento físico do Estado, ou seja, a delimitação geográfica onde o estado tem poder para exercer exclusivamente seu próprio poder soberano à luz de seu ordenamento jurídico.

Por fim, o governo é o elemento que confere o direito de mando ao Estado por meio do exercício de soberania. Nesse contexto, é importante ressaltar que, o elemento governo não se confunde com a soberania dos Estados, é o que observa Menezes:

Não se deve confundir Governo com soberania, eis que esta é tão somente a substância daquele para exprimir o Estado perfeito (...). Em que pese a esse conteúdo, a soberania não comparece como elemento constitutivo do Estado, devendo apenas ser considerada como essência de um de seus integrantes: o governo. (MENEZES, 2005, p. 144)

Acrescenta-se a esse estudo, pela importância peculiar, a característica de mutabilidade do Estado. Isto, em razão da modificação das necessidades sociais, de acordo com a realidade de cada período histórico.

Nas palavras de Darcy Azambuja:

O Estado, porém, não é imutável, é uma das formas da dinâmica social, é a forma política da socialidade, como diz Luigi Sturzo, e por isso varia através do tempo e do espaço. O Estado antigo, o Estado medieval, o Estado que se organizou sob a influência das idéias da Revolução Francesa, eram diferentes do Estado contemporâneo. Além disso, em todas as épocas o homem desejou modificar e quase sempre modificou o Estado em que vive. (AZAMBUJA, 2002, p. 06)

É certo que, o estudo sobre o surgimento do Estado na história tem se justificado por meio de diversos aspectos e teorias doutrinárias, o que não é de se assustar devido à amplitude do tema.

Diante disso, essa pesquisa optou em apresentar o aparecimento do aparelho estatal por meio das três principais teorias que justificam sua origem, com o

propósito de facilitar a compreensão do tema que têm significativa relevância para o entendimento da sociedade pós-moderna, análise de estudo desse trabalho.

1.1.2 – Teorias sobre a origem do Estado

São inúmeras as teorias que buscam elucidar a origem do Estado na história, e todas elas se contradizem. Diante desse cenário fértil de posicionamentos doutrinários, Dalmo de Abreu Dallari sintetiza em três posições fundamentais as inúmeras teorias existentes acerca da origem do Estado na História.

A primeira posição apontada por Dallari entende o Estado como ente onipotente, uma vez que para uma relevante parcela de doutrinadores o Estado, assim como a própria sociedade, sempre existiu, pois desde que o homem vive sobre a Terra acha-se integrado numa organização social, dotada de poder e com autoridade para determinar o comportamento de todo o grupo. (DALLARI, 2001, p. 52)

Uma segunda ordem de autores admite que a sociedade humana existiu sem o Estado durante um certo período. Depois, por motivos diversos, este foi construído para atender às necessidades e às conveniências dos grupos sociais. Segundo esses autores, que no seu conjunto representam a ampla maioria, não houve concomitância na formação do Estado em diferentes lugares, uma vez que este foi aparecendo de acordo com as condições concretas de cada lugar. (DALLARI, 2001, p. 52)

Desse modo, por essa posição, o Estado surgiu de forma independente, em momentos distintos e em diferentes espaços físicos, de acordo com o surgimento das necessidades em concreto de cada local e sua comunidade.

Por seu turno, a terceira posição se apresenta como aquela em que uma gama de autores somente admite o Estado apenas como sociedade política organizada dotada de características previamente delimitadas.

Justificando seu ponto de vista, Karl Schmidt, diz que o conceito de Estado não é um conceito um conceito geral válido para todos os tempos, mas é um conceito histórico concreto, que surge quando nasce à ideia e a prática da soberania, o que só ocorreu

no século XVII. Nesse sentido, Balladore Pallieri indica com absoluta precisão o ano do nascimento do Estado ao escrever que “a data oficial em que o mundo ocidental se apresenta organizado em Estados é a de 1648, ano em que foi assinada a paz de Westfália”. (DALLARI, 2001, p. 53)

Diante do cenário ora apresentado, é imperioso salientar que embora uma ou outra posição tenha maior número de autores adeptos, não há como precisar qual tem a razão no que tange a origem do Estado. Isso porque, como advertido por Maluf:

A ciência não dispõe de elementos seguros para reconstruir a história e os meios de vida das primeiras associações humanas. De modo que basta ter em vista que o homem apareceu na face da terra há cem mil anos, pelo menos enquanto os mais antigos elementos históricos de que dispomos remontam apenas seis mil anos. (MALUF, 2006, p. 53)

Como visto, são inúmeras as teorias que buscam elucidar a origem do Estado na história da humanidade. Todavia, é importante ressaltar que as referidas teorias são resultados de raciocínios hipotéticos fundadas em meras suposições doutrinárias, uma vez que a doutrina continua divergindo a esse respeito.

Nada obstante, o estudo da origem do Estado faz-se imprescindível para fins de conhecê-lo como um todo, desde seu advento até os dias de hoje, uma vez que reflete o resultado de um árduo e crescente processo de integração entre os indivíduos na sociedade e, sua integração com múltiplos fatores externos, como econômico, social e jurídico.

1.1.3 – Gênese histórica do Estado Moderno

O estudo do Estado Pós-Moderno no contexto trans e subnacional destina-se a compreensão do momento histórico em que vivemos para fins de, em momento posterior, verificarmos a possibilidade de haver a relativização da soberania dos Estados na esfera jurídica internacional para efetivação dos Direitos Humanos.

Para tanto, é indispensável à análise da evolução do Estado ao longo da história da humanidade.

Sem menoscabo à pré-modernidade configurada no Estado oriental, grego, romano, feudal e medieval, mas a objetividade do estudo imprime que o esforço histórico seja feito naquilo que realmente gere conteúdo prático ao trabalho, atribuindo argumentos para o debate da soberania nos tempos atuais na realidade periférica, buscando a história da soberania sob a ótica dos indivíduos. (SÁ JÚNIOR, 2008, p. 14)

Seja como for, diante da amplitude do tema, optou-se por delimitar o estudo à demonstrar a evolução histórica do Estado Moderno até o surgimento do pós-modernismo estatal, apresentando os principais modelos estatais da modernidade, entre os quais destacamos o Estado Absoluto, o Estado Liberal e o Estado Social.

Sob o viés histórico, o Estado Moderno nasce com o Estado Absolutista, também conhecido com Absolutismo monárquico, que se revela como a primeira face do Estado Moderno.

O Estado Absoluto nasce com a assinatura dos Tratados de Paz de Westfália, em 24 de outubro de 1648, durante o século XVII, sendo este um evento histórico que marca o fim da Guerra dos Trinta Anos, conflito este que devastou as nações europeias, em especial a Alemanha, bem como simboliza a passagem da concepção de Estado Medieval para o Estado Absoluto.

Sá Júnior na lição de Accioly acrescenta que:

A Paz de Westfália marca também o nascimento do Estado nacional, pois pela primeira vez se tem a reunião dos elementos considerados como essenciais à formação do Estado Moderno, quais sejam, povo, território e governo soberano, sendo, aliás, considerado também, marco da formação da sociedade internacional, eis que também pela primeira vez triunfa o princípio da igualdade jurídica dos Estados, estabelecendo as sólidas bases do equilíbrio europeu e além disso surgem os primeiros ensaios de regulamentação internacional positiva. (ACCIOLY *apud* SÁ JÚNIOR, 2008, p. 15)

Essencialmente, a monarquia absoluta rompe com a influência da igreja sobre a política da sociedade, bem como a concentração dos poderes do Estado nas mãos dos soberanos, possibilitando a unificação e centralização de mando e direção do governo para fins de buscar o bem comum de todos e não apenas de parcela da sociedade.

Destaca-se que, o Estado absoluto introduziu na ciência política e plano do direito a ideia de soberania como poder absoluto de cada Estado, garantindo direito de igualdade e independência entre todos sem qualquer possibilidade de submissão de uns sobre os outros. Daí porque, a doutrina entende que a sociedade internacional dos Estados soberanos surgiu nesse momento da história.

A partir deste marco, os Estados passaram a ter liberdade absoluta para governar um espaço nacional, denominado território, podendo celebrar acordos voluntários, os chamados tratados, regulando as relações externas e intraconexas das mais variadas espécies. (LAFER *apud* COGO, 2011)

No final do século XVIII, a burguesia francesa e os colonos ingleses, à luz do espírito revolucionário da época, atrelado a evolução do pensamento humanista, com o ideal de combater as ideias absolutistas, a fim de eliminar o poder absoluto do rei sobre o Estado, de modo a limitá-lo em suas ações de modo não deixar as intervenções nas relações sociais a seu livre arbítrio, por meio de manifestos e revoluções, propiciou a queda do Estado Absoluto e, ensejou o aparecimento do Estado Liberal.

Entre marcos históricos importantes da época destaca-se a Revolução Francesa de 1789.

Sob a égide do liberalismo, com o propósito de sujeitar os governantes ao arbítrio da lei, surge o Estado de Direito representado por um ordenamento jurídico composto por normas constitucionais, aplicáveis a toda a sociedade, inclusive o rei. Daí porque muitos autores denominam esse período histórico de Estado Constitucional.

De acordo com a doutrina do Estado de Direito todos são iguais perante a lei, o que reflete total imparcialidade do Estado na aplicação do direito, garantindo a toda sociedade tratamento igualitário face a supremacia da lei (*rule of law*).

No plano político, o liberalismo é representado pela proclamação do princípio de soberania nacional e pelo regime representativo baseado na escolha dos governantes pelo povo. (BASTOS, 1999, p. 142)

Para evitar a concentração do poder se criou a separação e independência de poderes, por meio da chamada tripartição de poderes em três esferas, quais sejam: legislativo, executivo e judiciário. Nessa estrutura política não há hierarquia entre os

poderes e, todos devem exercer o poder de fiscalização mútua, para fins garantir o bom desempenho do Estado e a conseqüente busca pelo bem comum.

A principal característica do liberalismo esta insculpida na ideia de minimizar a intervenção do Estado nas relações sociais. *“Prega-se, portanto, o Estado absenteísta. Quanto menos Estado melhor, ou se preferir, o Estado é um mal necessário”*. (BASTOS, 1999, p. 139)

O liberalismo funda-se na concepção individualista, a base do pensamento de que o indivíduo deve ser livre para agir conforme sua vontade, no campo moral, religioso e, sobretudo no campo econômico, para garantir e consolidar a livre concorrência e, para tanto é necessário o distanciamento da máquina estatal, impondo-se a limitação de poder do Estado em face á ideal liberal.

Bastos compreende que do Estado se espera pouco: basicamente que organize um exército para defender a sociedade contra o inimigo externo. Que assegure a boa convivência internamente mediante a polícia e o Judiciário, incumbidos de aplicar as leis civis e as leis penais. (BASTOS, 1999, p. 139)

A racionalidade desta limitação do poder do Estado se sustenta na doutrina dos direitos humanos, direitos inatos do homem, os quais não podem ser violentados pelos governantes. Por serem naturais, não podem ser revogados pelos homens, no dizer de Norberto Bobbio: *“não precisam estar fundamentados em pesquisa empírica ou histórica”*. (BOBBIO *apud* MORAES, 2013)

Por outro prisma, o liberalismo evidencia-se como um grande avanço histórico na consolidação dos direitos fundamentais do homem, em especial a igualdade entre os indivíduos, a livre iniciativa e concorrência, proteção à propriedade privada, liberdade de pensamento, liberdade religiosa, e demais liberdades individuais.

Era a realização plena do conceito de direito natural, do humanismo, do igualitarismo político que os escritores do século XVIII deduziram da natureza racional do homem, segundo a fórmula conclusiva de que *“os homens nascem livres e iguais em direitos; a única forma de poder se reveste de legitimidade é a que for estabelecida e reconhecida pela vontade dos cidadãos”*. (MALUF, 2006, p.129)

Todavia, o excesso de individualismo e a ampla liberdade conferida aos indivíduos, atrelados a Revolução Industrial, repercutiu no plano econômico e político o

fenômeno do capitalismo, onde se concentrava a riqueza nas mãos de poucos, a burguesia, em prejuízo a grande maioria, qual seja, o proletariado. “*E o Estado Liberal a tudo assiste de braços cruzados, limitando-se a policiar a ordem pública. Indiferente ao drama doloroso da imensa maioria espoliada deixa que o forte esmague o fraco, enquanto a igualdade se torna uma ficção e a liberdade uma utopia*”. (MALUF, 2006, p. 130)

A dissociação da teoria liberal com a realidade, somado ao contraste entre os indivíduos em razão do capitalismo, crises econômicas e o crescente número de desemprego, culminou em um grande descrédito do Estado Liberal por parte da sociedade, ensejando sua decadência, e conseqüentemente deu azo ao surgimento e crescimento do Estado Social, ou *Welfare state*, ou ainda Estado do bem estar social.

O Estado passa de mero expectador à interventor nas relações econômicas-sociais em busca do bem comum, para fins de efetiva justiça distributiva.

A constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar (1919) foram às primeiras constituições sociais, que buscaram conciliar os direitos individuais e de liberdades com direitos sociais.

O Estado Socialista surge, para permitir o crescimento econômico do país, ao mesmo tempo em que visa garantir proteção individual aos cidadãos. Esse Estado foi apoiado também no plano doutrinário econômico, principalmente através da teoria keynesiana, que propunha o intervencionismo do Estado na economia. (MORAIS, 2007)

Nessa esteira, o Socialismo surge com o fim de abolir os privilégios da burguesia e reduzir as desigualdades sociais geradas pelo reconhecimento de livre concorrência absoluta proposta pelo liberalismo, contudo, sem abolir os direitos e liberdades individuais conferidos aos indivíduos anteriormente. O que somete ocorrerá, nos casos em que esses se chocarem com os interesses da coletividade, isto porque, são comuns a todos os indivíduos membros do Estado indistintamente.

Segundo Jacques Chevallier (2012, p. 05), o ingresso do Estado na era da pós-modernidade se traduz na superação dos atributos clássicos que lhe eram próprios, sem que seja possível, em contrapartida, traçar os contornos de um modelo estatal outro: o Estado pós-moderno é um Estado cujos traços permanecem marcados pela

incerteza, pela complexidade, pela indeterminação. Para analisá-lo, somente é possível tomar em vista um certo número de aspectos que são a marca, o indício, o sinal tangível dessa nova indeterminação, quais sejam: a reconfiguração do aparato estatal e as transformações correlativas na concepção do direito recobrem, desse modo, um movimento mais profundo de redefinição do vínculo político.

1.2 – SOBERANIA

1.2.1 – Prenúncio histórico e conceito de soberania

Historicamente, o conceito clássico de soberania passou por profundas transformações no sentido de se adaptar a realidade social, política e jurídica de cada época, traduzindo-se como um dos principais fundamentos do Estado Moderno.

A noção de soberania surgiu no século XVI, com a obra “*Six livres de la République*” (Os seis livros da república), publicada em 1576, pelo filósofo francês Jean Bodin, considerado como o grande precursor da teoria da soberania.

Esse autor via no poder monárquico uma *faculdade incontestável de mando*. A essa característica passou-se a conferir o nome de *soberania*. Soberano, é pois, todo poder que não encontra limites, que na ordem interna, quer na ordem externa. Traduz-se na possibilidade de impor unilateralmente deveres aos cidadãos e conferir competências ao Estado, sendo certo ainda que essas competências podem ser redefinidas a qualquer tempo (BASTOS, 1999, p. 80).

Para Bodin a soberania constitui “*o poder absoluto e perpétuo de uma República*”. E como se vê, a expressão *Republica* equivale ao moderno significado de Estado (DALLARI, 2001, p. 77).

Ápice da noção de soberania, o absolutismo monárquico passou a reconhecer o poder soberano como pessoal exclusivo e ilimitado dos monarcas sobre os demais indivíduos, segundo a crença da origem divina do poder absoluto conferido aos reis, no qual entendia que as decisões do monarca refletiam a vontade incontestável e absoluta de Deus.

Nesse contexto, “os *monarcas da França, apoiados na doutrinação de Richelieu, Fénelon, Bossuet e outros, levaram o absolutismo às suas últimas consequências, identificando na pessoa sagrado do rei o próprio Estado, a soberania e a lei*”. (MALUF, 2006, p. 31)

Somente no século XVII, foi inserida no campo teórico a elevação da soberania como princípio do Direito Internacional Público por Vattel, que afirmava que:

A soberania nacional pertence ao povo, podendo outorga-la a um governo ou dirigente, retomando-a quando houver abuso em tal delegação”. No âmbito do Direito Internacional Público, a soberania era percebida pela analogia: “homens livres - Estados livres. (VATEL *apud* NETO, 2011, p. 04).

Em 1762, Jean Jacques Rousseau, através de sua obra “O contrato social”, deu grande ênfase ao conceito de soberania transferindo sua titularidade da pessoa do governante para o povo. (DALLARI, 2001, p. 78)

Com a decadência do estado monárquico absoluto e o surgimento do estado liberal, a soberania monarca dá lugar à soberania popular, confundindo-se com a vontade geral.

No início do século XIX ganha corpo a noção de soberania como expressão de poder político, sobretudo porque interessava às grandes potências, empenhadas em conquistas territoriais, sustentar sua imunidade a qualquer limitação jurídica. Entretanto, a partir da metade do século, surgiu na Alemanha a teoria da personalidade jurídica do Estado, que acabará sendo apontado como o verdadeiro titular da soberania. E já neste século, aperfeiçoada a doutrina jurídica do Estado, a soberania passa a ser indicada como uma de suas notas características, colocando-se entre os temas fundamentais do direito público, desenvolvendo-se uma completa teoria jurídica da soberania. (DALLARI, 2001)

No Estado Moderno “*a soberania é sempre sócio-jurídico-política, ou não é soberania. É essa necessidade de considerar concomitantemente os elementos da soberania que nos permite distingui-la como uma forma de poder peculiar ao Estado Moderno*”. (REALE, 2003, p. 139)

Com a proclamação da soberania como elemento característico do Estado Moderno, os Estados passaram a ter poder absoluto e independente na tomada de suas

decisões e aplicação de suas normas jurídicas ante quaisquer Estados externos, vedada intervenção externa.

Destarte, Celso Lafer salienta que:

A teoria tradicional de soberania foi construída tendo como princípio, de um lado, a concepção de um poder originário, que não resulta de nenhum outro do qual teria obtido seu título, e de outro a concepção de um poder supremo, que não teria outro poder igual ou concorrente. A teoria tradicional da soberania, portanto, significa o caráter supremo do poder estatal que se traduz externamente pela ausência de subordinação a qualquer autoridade estrangeira, a não ser por via de consentimento, expresso em tratado, e internamente pela predominância do Estado sobre o poderio de quaisquer outros grupos ou indivíduos dentro do âmbito do seu território. Em síntese, portanto, um poder incondicionado (dimensão positiva), que não se subordina a nenhum outro (dimensão negativa). (LAFER, 2009, p. 180)

Portanto, a soberania confere ao Estado o um poder tido como absoluto e incontestável, visto que não há nenhum outro poder acima de si.

Em linhas gerais, de acordo com o que disciplina Jellinek, a evolução histórica da soberania retratou a negação de toda subordinação ou limitação do Estado por qualquer outro poder: o poder soberano de um Estado não podia reconhecer nenhum outro superior a si, sendo, portanto, poder supremo e independente. Também não se admitia, nos limiões do século XX, que o Estado, no contexto internacional, apesar das obrigações impostas pelo Direito Internacional, se submetesse a um poder superior. (SOARES, 2001, p. 150)

De outra banda, verificasse que a exata compreensão do conceito de soberania é necessária para o entendimento do fenômeno estatal, visto que não há Estado perfeito sem soberania. Daí haver Sampaio Dória dado ao Estado à definição simplista de organização da soberania. (MALUF, 2006, p. 29)

Dalmo de Abreu Dallari expõe o conceito de soberania segundo diversos autores:

(...) entre os autores a quem se refira a ela como um poder do Estado, enquanto outros preferem concebê-la como qualidade do poder do Estado, sendo diferente a posição de Kelsen, que, segundo sua concepção normativista, entende a soberania como expressão da unidade de uma ordem. Para Heller e Reale ela é uma qualidade essencial do Estado, enquanto Jellinek prefere qualificá-la como nota essencial do poder do Estado. Ranelletti faz uma distinção entre a soberania, com o significado do poder de império, hipótese em que é elemento essencial do Estado, e

soberania com o sentido de qualidade essencial do Estado, admitindo que essa última possa faltar sem que se desnature o Estado, o que aliás, coincide com a observação de Jellinek de que o Estado Medieval não apresentava essa qualidade. (DALLARI, 2001, p. 79)

Em um clássico conceito de soberania Emer de Vattel diz:

Toda nação que se governa por si mesma, sob qualquer forma que seja, sem dependência de nenhum estrangeiro, é um Estado soberano. Os seus direitos são exatamente os mesmos dos demais Estados. (...) Para que uma nação tenha o direito de participar imediatamente nessa grande sociedade, é suficiente que ela seja verdadeiramente soberana e independente, ou seja, que se governe por si mesma, pela sua própria autoridade e por suas leis. (VATTEL *apud* MARTINS, 2009, p. 02)

Estado Soberano é aquele que tem o poder de declarar seu próprio Direito positivo de modo incontrastável, isto é, sem ter que dar satisfação a nenhuma instância superior. É uma realidade política que começa a construir nos tempos modernos, pois a Idade Média desconheceu o Estado plenamente Soberano, já que subordinava o poder político temporal ao poder espiritual da igreja. (CICCO, 2007, p. 49/50)

A soberania é considerada como poder supremo do Estado, característica esta inerente ao próprio aparelho estatal que o torna independente em relação aos demais Estados, livre de qualquer intervenção, seja interna ou externa.

Nas palavras de Miguel Reale a soberania é *“poder que tem uma nação de organizar-se juridicamente e de fazer valer dentro de seu território a universalidade de suas decisões nos limites dos fins éticos de convivência”*. (REALE *apud* STRECK, 2004, p. 156)

Para Acquaviva:

A soberania é o atributo do poder do Estado que o torna independente no plano interno e interdependente no plano externo. No âmbito interno, o poder soberano reside nos órgãos dotados do poder de decidir em última instância; no âmbito externo, cada uma mantém, com os demais, uma relação em que a igualdade se faz presente. O poder soberano é um elemento essencial do Estado. Não há Estado se poder soberano. Como assinala Carré de Malberg, a soberania é a qualidade suprema do poder estatal; é ela que distingue este poder daquele observado nos grupos sociais, condicionados pelo Estado. (ACQUAVIVA, 2000, p. 54)

No Brasil a Constituição Federativa da República (1988), contempla a soberania como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito Brasileiro, vejamos:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – (...). (Constituição Federal do Brasil - 1988).

Assim, podemos entender que sendo um “atributo fundamental do Estado, a soberania o faz titular de competências que, precisamente porque existe uma ordem jurídica internacional, não são ilimitadas; mas nenhuma outra entidade as possui superiores”. (REZEK *apud* NETO, 2011, p. 08)

A soberania revela-se, então, como um elemento integrante da ordem jurídica do Estado do governo, mas, sobretudo, do povo.

1.2.2 – Teorias justificadoras e características do poder soberano

Diversas teorias demarcam a justificação o poder soberano, buscando explicar sua origem e a legitimação da soberania na pessoa de seu titular, compreendendo desde as que se alicerçam no fundamento divino do poder até as que assentam na soberania popular. (SOARES, 2001, p. 162)

Em breves palavras Sahid Maluf apresenta as principais teorias, senão vejamos:

(...) Para as teorias carismáticas do direito divino (sobrenatural ou providencial) dos reis, o poder vem de Deus e se concentra na pessoa sagrada do soberano. Para as correntes de fundo democrático, a soberania provém da vontade do povo (teoria da soberania popular) ou da nação propriamente dita (teoria da soberania nacional). Para as escolas alemã e vienense, a soberania provém do Estado, como entidade jurídica dotada de vontade própria (teoria da soberania estatal) (...). (MALUF, 2006, p. 31)

Sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito em que vivemos atualmente é evidente que o poder soberano originasse do povo, através do sistema representativo.

Sobre este aspecto aponta Filomeno:

Parece-nos, todavia, que a teoria mais correta, e que leva em consideração os princípios da democracia representativa, seria a que dá como fonte última da soberania o poder constituinte, já que instituidor do Estado, e da ordem jurídica como um todo. (FILOMENO, 2009, p. 82)

O mesmo autor ainda adverte que “*é evidente, por outro lado, que tal somente é possível pela representatividade popular, mediante escolha de representantes*”. (FILOMENO, 2009, p. 82)

Dada sua magna importância, como características de soberania cita-se a unidade, a indivisibilidade, a inalienável e a imprescritibilidade.

Uma porque não podem existir mais de uma Soberania no Estado; indivisível, porque não admite na soberania partilha do Poder; inalienável, porque é intransferível; e, finalmente, imprescritível porque tem como objetivo jamais acabar no tempo. (CICCO, 2007, p. 50)

A presença de todas essas características é imprescindível para configuração do Estado soberano, de modo que sem a presença delas não há que se falar em soberania.

Importante acrescentar que a essas características alguns autores ainda acrescentam outras que julgam mais adequadas e exatas ao vocábulo político-jurídico “soberania”. A esse respeito Dallari disciplina que:

A essas características acrescenta ainda Zanzucchi que a soberania é um poder: *originário*, porque nasce no próprio momento em que nasce o Estado e como um atributo inseparável deste; *exclusivo*, porque só o Estado o possui; *incondicionado*, uma vez que só encontra limites postos pelo próprio Estado e *coativo*, uma vez que, no seu desempenho, o Estado não só ordena, mas dispõe de meios para fazer cumprir suas ordens coativamente. (DALLARI, 2001, p. 81)

Ainda, é oportuno mencionar que, a soberania ainda se manifesta sob dois aspectos distintos, quais sejam: quanto ao seu sentido de soberania e, quanto à extensão jurisdição da soberania.

No concernente ao seu sentido, a soberania pode aparecer *positiva* ou *negativa*. É positiva quando a vontade do Estado, caracterizada essencialmente pelo direito de mandar, predomina sobre indivíduos e sociedades fixadas em sua jurisdição. É negativa quando a vontade do

Estado, sendo independente, não se subordina, desta ou daquela maneira, total ou parcialmente, a outra vontade estatal (...) (MENEZES, 2005, p. 156).

Quanto a sua jurisdição, a soberania pode apresentar-se na esfera interna ou externa.

A soberania interna representa o poder do Estado em relação às pessoas e coisas dentro do seu território ou, melhor, dentro dos limites da sua jurisdição. É também chamada autonomia. A soberania externa é uma competência conferida aos Estados pelo direito internacional e se manifesta na afirmação da liberdade do Estado em suas relações com os demais membros da comunidade internacional. Confunde-se, pois, com a independência. (ACCIOLY, 2000, p. 104)

Ainda sobre a jurisdição da soberania sofrer variação conceitual se analisada interna ou externamente, o mesmo autor ainda acrescenta que:

A soberania interna compreende os direitos: a) de organização política, ou seja, o de escolher a forma de governo, adotar uma constituição política, estabelecer, enfim, a organização política própria e modificá-la à vontade, contanto que não sejam ofendidos os direitos de outros Estados; b) de legislação, ou seja, o de formular as próprias leis e aplicá-las a nacionais e estrangeiros, dentro, naturalmente, de certos limites; e) de jurisdição, ou seja, o de submeter à ação dos próprios tribunais as pessoas e coisas que se achem no seu território, bem como o de estabelecer a sua organização judiciária; d) de domínio — em virtude do qual o Estado possui uma espécie de domínio eminente sobre o seu próprio território. A soberania externa compreende vários direitos, entre os quais se salientam: o de ajustar tratados ou convenções, o de legação ou de representação, o de fazer a guerra e a paz, o de igualdade e o de respeito mútuo. (ACCIOLY, 2000, p. 104/105)

Com efeito, vale ressaltar que, há outros posicionamentos apresentados pela doutrina, que buscam justificar sob os aspectos no campo sociológico, político e jurídico o sentido exato de soberania estatal.

2. DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E O DIREITO BRASILEIRO

2.1 – DIREITOS HUMANOS

2.1.1 – Terminologia e conceito

A doutrina constitucional tem utilizado inúmeras expressões para nomear os direitos essenciais à pessoa humana, tais como: direitos naturais, direitos públicos subjetivos, liberdades públicas, direitos morais, direitos dos povos, direitos humanos e direitos fundamentais. (PICCIRILLO, 2006)

Preliminarmente, conforme orienta Castro (2013), é primordial ressaltar a confusão terminológica e a equivocidade no uso do vocábulo, além do costume dos doutrinadores e dos aplicadores do Direito de empregarem expressões distintas a despeito de consagrar o termo “direitos humanos”.

Verifica-se que parcela da doutrina entende que as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais” são sinônimos, isto é, que expressam o mesmo sentido, enquanto que a outra parcela da doutrina entende que existem relevantes diferenças entre uma e outra expressão, o que não permite utilizá-las como expressões similares.

Sob esse contexto, é de grande relevância apresentar a concepção dos estudiosos da área de Direitos Humanos a fim de esclarecer a questão, qual seja, se existe ou não distinção conceitual entre direitos humanos e direitos fundamentais e se afirmativa a referida indagação, quais são elas.

A expressão direitos humanos embora constitua um termo de uso comum e de fácil identificação por todos, não é fácil de ser conceituada, visto que a doutrina é divergente nesse sentido, o que ocasiona a amplitude do tema e suas consequências práticas no mundo jurídico.

Todas as definições apresentadas pela doutrina convergem no sentido de que os direitos humanos são direitos supra-positivos sob o paradigma da doutrina jusnaturalista, isto é, que são direitos inerentes à própria condição humana que independem de reconhecimento e positivação estatal para sua existência, já que são anteriores e superiores ao Estado.

Nesse sentido, Charles Malik, relator da Comissão de Direitos Humanos (CES – ONU), no ano de 1947 já afirmava que:

A expressão ‘Direitos do Homem’ refere-se obviamente ao homem, e com ‘direitos’ só pode designar aquilo que pertence à essência do homem, que não é puramente acidenta, que não surge e desaparece com a mudança dos tempos, da moda, do estilo ou do sistema; deve ser algo que pertence ao homem como tal. (MALIK *apud* MELLO, 2004, p. 813)

Mello na precisa lição de Perez Luño apresenta uma definição ainda mais abrangente ao estabelecer que os direitos humanos se revelam como:

(...) um conjunto de faculdades e instituições, que, em determinado momento histórico, concretiza as exigências da dignidade, a liberdade e igualdade humana, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos a níveis nacional e internacional. (MELLO, 2004, p. 813)

Extrai-se, portanto, que os direitos humanos expressam aquilo que é natural e inerente a todos os indivíduos, sem distinção de raça, cor, crença, nacionalidade e ideologia, e que por esta razão tem como qualidade ser universais, invariáveis no espaço e no tempo e insuscetíveis de intervenção estatal.

Os direitos fundamentais são conceituados como os direitos humanos reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado. Nessa esteira, segundo Mello (2004, p. 820) “*só há direitos fundamentais quando há um texto constitucional escrito e consagrado na jurisdição constitucional que os garante*”.

Consoante J. J. Gomes Canotilho os direitos fundamentais:

Cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente

direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa). (CANOTILHO, 1993, p. 541)

A respeito da distinção entre ambos os termos acima analisados, qual seja, “direitos humanos” e “direitos fundamentais” o jurista Ingo Wolfgang Sarlet elenca o aspecto espacial da norma como o fator preponderante de distinção entre um e outro termo, senão vejamos:

Em que pese sejam ambos os termos (‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de 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, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). (SARLET, 2006, p. 35/36)

Para Fábio Comparato (2004, p. 57), o que diferencia as referidas expressões é o caráter de obrigatoriedade, de efetiva vigência no meio social em decorrência de normas de natureza jurídica.

O que importa é reconhecer que não se cuida de termos reciprocamente excludentes ou incompatíveis, mas, sim, de dimensões íntimas e cada vez mais inter-relacionadas, o que não afasta a circunstância de se cuidar de expressões reportadas a esferas distintas de posituação, cujas consequências práticas não podem ser desconsideradas. (SARLET, 2006, p. 42)

Portanto, embora os termos “direitos humanos” e “direitos fundamentais” mantenham estreita relação jurídica um para com o outro, estes não ser confundidos, nem utilizados como expressões sinônimas, já que guardam conceito e alcance distintos.

Compartilhando o entendimento de Paulo Bonavides, Castro (2013), afirma razões de vantagem didática recomendam, para maior clareza e precisão, o uso das duas expressões com leve variação de percepção, sendo a fórmula “direitos humanos”, por suas raízes históricas, adotada para se referir aos direitos da pessoa humana antes de sua constitucionalização ou posituação nos ordenamentos nacionais,

enquanto “direitos fundamentais” designam os direitos humanos quando trasladados para os espaços normativos.

Em apertada síntese, vale dizer que, embora os termos “direitos humanos” e “direitos fundamentais” mantenham estreita relação jurídica um para com o outro, estes não ser confundidos, nem utilizados como expressões sinônimas.

Em apertada síntese, por tudo o que se acaba de expor, ressalta-se que o presente estudo utilizar-se-á a expressão “direitos humanos”, para se referir a um conjunto de direitos supra-positivos, considerados inerentes a própria condição humana, que devido exigências morais limitam a atuação estatal mesmo não reconhecidos em textos normativos. Doutro norte, quando utilizarmos a expressão “direitos fundamentais”, estaremos nos referindo a um conjunto de direitos humanos reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivado de determinado Estado.

2.1.2 – Afirmação histórica dos direitos humanos

2.1.2.1 – Análise cronológica

Sob o prisma histórico, os direitos humanos surgiram gradualmente na história por meio das lutas de classes em objeção a concentração de poder, as opressões, as desigualdades sociais e o desrespeito à dignidade da pessoa humana, gerados pela globalização e a intensificação das relações humanas.

No processo de construção e de desenvolvimentos dos direitos humanos, a doutrina aponta como marco inicial entre os antecedentes históricos a Magna Carta da Inglaterra promulgada em 1215 pelo rei João Sem Terra, conforme observa o constitucionalista suíço Thomas Fleiner Gerster (2006).

O referido documento representou um avanço na história pois pela primeira vez o rei passou a estar vinculando ao próprio texto de lei por ele editado e por consagrar o princípio do devido processo legal, anteriormente não positivado em nenhum outro texto normativo.

Nesse sentido, o art. 39, da Magna Carta estabelecia que: “*nenhum homem livre pode ser detido, encarcerado, privado de seus bens, deportado ou aniquilado de alguma maneira, nem desejamos proceder contra ele ou persegui-lo, senão com base em um julgamento legal por seus pares e de acordo com a lei do país*”. (GERSTER, 2006, p. 121)

Denota Dalmo Dallari que:

Na realidade, não se pode dizer que as normas da Carta Magna constituam uma afirmação de caráter universal, de direitos inerentes à pessoa humana e oponíveis a qualquer governo. O que ela consagrou, de fato, foram os direitos dos barões e prelados ingleses, restringindo o poder absoluto do monarca. Todavia, essa afirmação de direitos, feita em caráter geral e obrigando o rei da Inglaterra no seu relacionamento com os súditos, representou um avanço, tendo fixado alguns princípios que iriam ganhar amplo desenvolvimento, obtendo a consagração universal. (DALLARI, 2001, p. 206)

Por conseguinte, no ano de 1689, durante o século XVII, após passar pelo crivo do parlamento inglês foi promulgada na Inglaterra a Declaração de Direitos, denominada de “*Bill of Rights*”, com força de lei, cujo seu conteúdo passou a ser considerado como os direitos fundamentais da sociedade inglesa.

Dentre as inovações trazidas pelo “*Bill of Rights*” destacam-se a extinção do regime de monarquia absolutista, a separação dos poderes do Estado, a proteção dos direitos fundamentais das pessoas e a atribuição de competência ao Parlamento para legislar e instituir tributos.

Conforme disciplina Comparato:

(...) o essencial do documento consistiu na instituição da separação de poderes, com a declaração de que o Parlamento é um órgão precipuamente encarregado de defender os súditos perante o Rei, e cujo funcionamento não pode, pois, ficar sujeito ao arbítrio deste. Ademais, o *Bill of Rights* veio fortalecer a instituição do júri e reafirmar alguns direitos fundamentais dos cidadãos, os quais são expressos até hoje, nos mesmo termos, pelas Constituições modernas, como o direito de petição e a proibição de penas inusitadas ou cruéis. (COMPARATO, 2004, p. 93)

O *Bill of Rights* inspirou a edição de declarações e leis semelhantes nas colônias inglesas da América do Norte, que antes mesmo de se declararem independentes

se reuniram em um Congresso Continental, em 1774, que os recomendou a formar governos independentes. E quem deu os primeiros passos para isso foi justamente a Virgínia, que em 12 de janeiro de 1776, publicou uma Declaração de Direitos. (DALLARI, 2001, p. 207)

O aludido documento retrata o início da luta pela Independência dos Estados Unidos da América. É, pois, de extrema importância para a afirmação histórica dos direitos humanos visto que foi o primeiro documento político a consagrar a igualdade e independência entre os indivíduos, a existência de direitos inerentes à pessoa humana, além de limitar o poder estatal, em razão dos direitos conferidos aos cidadãos americanos.

Nessa esteira, dada à relevância do diploma, Comparato pontua que:

A proclamação de abertura, asseverando que todos os seres humanos são, pela própria natureza, igualmente livres e independentes, dá o tom de todas as grandes declarações de direito do futuro, como a francesa de 1789 e a Declaração Universal de 1948, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas. (COMPARATO, 2004, p. 111)

Em meados do século XIX, no ano de 1789, foi aprovada pela Assembléia Nacional francesa a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, decorrente da Revolução Francesa, a qual ganhou maior repercussão político-social do que as declarações precedentes, visto que, reconheceu-se pela primeira vez na história a existência de direitos humanos de caráter universal, ou seja, não se reconhece aqui apenas direitos unicamente destinados para os cidadãos franceses, mas ao contrário, são direitos destinados a todos os indivíduos de modo geral.

O sucesso da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, que fez por longo tempo da França um campeão do liberalismo, deveu-se ao fato que seus autores tivessem “*consciência de proclamar direitos individuais, válidos para todos os homens de todos os tempos e de todos os países*”. (BRAUD *apud* DALLARI, 2001, p. 207)

Liberdades individuais alcançaram, nesse primeiro texto revolucionário francês, uma definitiva precisão de contornos. No campo penal, sobretudo, ficou-se claramente o princípio fundamental de que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena que não seja fixado em lei (art. 8). (COMPARATO, 2004, p. 147)

Com efeito, reconhecendo e declarando, conforme seu artigo 1º que “os homens nascem e continuam livres e iguais em direitos” e que “as distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum”, a Assembléia francesa deixou expresso que essa e as demais e as demais proposições se aplicam a todas as sociedades políticas. Desse modo, disciplina em seu o artigo 2º que: “o fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescindíveis do homem. Esses direitos são: a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”. E o artigo 16º disciplina que: “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição”. (DALLARI, 2001)

Não restam dúvidas de que a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão “cuja influência na vida constitucional dos povos, não só do Ocidente como também do Oriente, ainda hoje é marcante, representou um considerável progresso na história da afirmação dos valores fundamentais da pessoa humana”. (DALLARI, 2001, p. 208)

Após a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que proporcionou aos Estados e aos povos a conscientização da necessidade de proteção dos direitos humanos, sobretudo, o reconhecimento do direito a dignidade da pessoa humana, nota-se na história um crescente processo de constitucionalização desses direitos.

Dentre as constituições inspiradas na aludida Declaração destaca-se a Constituição Francesa de 1848, a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição Alemã de 1919.

A Constituição Francesa, de 1848, representou um avanço no século XIX em termos de direitos humanos fundamentais. Nesse contexto Comparato observa que são:

(...) duas disposições sobre direitos fundamentais merecem ser ressaltadas. Pela primeira vez, na história constitucional, a pena de morte é abolida em matéria política (art. 5). Por outro lado, ripristinando o Decreto da Convenção de 1793, revogado pelo consulado em 1802, proibiu-se a escravidão em “todas as terras francesas” (art. 6). (COMPARATO, 2004, p. 166)

Ademais, não se pode deixar de assinalar que a mencionada Constituição, consagrou em seu art. 13, “*como direitos dos cidadãos garantidos pela Constituição, a liberdade do trabalho e da indústria, a assistência aos desempregados, às crianças abandonadas, aos enfermos e aos velhos sem recursos, cujas famílias não os pudessem socorrer*”. (SANTOS, 2003)

A importância desse precedente deve ser salientada, pois ela marca o início da constitucionalização dos direitos fundamentais de ordem social do Estado.

Já no início do século XX, em 1917 foi publicada a Carta Política Mexicana, que marca o início das preocupações sociais na ordem constitucional. Esse diploma foi à primeira constituição a reconhecer a qualidade de direitos humanos fundamentais aos direitos trabalhistas, previdenciários, políticos e, de modo geral, as liberdades individuais.

Nesse sentido, Comparato salienta que:

O que importa, na verdade, é o fato de que a Constituição Mexicana, em reação ao sistema capitalista, foi a primeira a estabelecer a desmercantilização do trabalho, ou seja, a proibição de equipará-lo a uma mercadoria qualquer, sujeito à lei da oferta e da procura no mercado. Ela afirmou o princípio da igualdade substancial de posição jurídica entre trabalhadores e empresários na relação contratual de trabalho, criou a responsabilidade dos empregadores por acidente de trabalho e lançou, de modo geral, as bases para a construção do moderno Estado Social de Direito. Deslegitimou, com isso, as práticas de exploração mercantil do trabalho, e, portanto da pessoa humana, cuja justificativa se procurava fazer, abusivamente, sob a invocação da liberdade de contratar. (COMPARATO, 2004, p. 177)

Compreende-se, pois, que a importância histórica da mencionada Constituição está justamente aí, na sua forte tendência à proteção dos direitos humanos de caráter social.

No ano de 1918 foi publicada a Declaração Soviética de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado sob o viés da proteção dos direitos humanos, nos termos do seu capítulo II basicamente destinava-se a “suprimir toda a exploração do homem pelo homem, a abolir completamente a divisão da sociedade em classes, a esmagar implacavelmente todos os exploradores, a instalar a organização socialista da sociedade e a fazer triunfar o socialismo em todos os países (...)”.

Já no seguinte, 1919, foi promulgada a Constituição Alemã, conhecida como Constituição de Weimar, fruto da 1ª Guerra Mundial (COMPARATO, 2004). É considerada como a precursora do constitucionalismo social moderno, sobretudo pelo destaque conferido aos direitos fundamentais e por estabelecer o compromisso do Estado com a justiça social.

Merece destaque por algumas disposições inovadoras na defesa dos direitos humanos, quais sejam: a garantia de um nível social adequado à dignidade da pessoa humana, a igualdade jurídica entre marido e mulher, a equiparação entre os filhos legítimos e os ilegítimos, assim considerados aqueles havidos fora do casamento, o aperfeiçoamento da estruturação do Estado Democrático Social, anteriormente já delineado pela Constituição Mexicana, de 1917, além de instituir a concepção da função social da propriedade e a participação dos empregadores e empregados na regulação estatal na esfera econômica.

Salienta-se que, foi sem dúvida, pelo conjunto das disposições sobre a educação pública e o direito trabalhista que a Constituição de Weimar organizou as bases da democracia social”. (COMPARATO, 2004, p. 191)

Já no ano seguinte, em 1919, foi criada a primeira organização internacional denominada como “Liga das Nações” ou “Sociedade das Nações”. Órgão predecessor da Organização das Nações Unidas (ONU), teve sua origem no Tratado de Versalhes, após a Primeira Guerra Mundial.

Seu objetivo consiste em assegurar à paz, cooperação e a segurança internacional das nações, além de disciplinar de forma genérica alguns direitos humanos, como observa Vianna (2010) “*a entidade também focará temas como desarmamento, legislação trabalhista, questões de saúde pública, administração internacional e outros assuntos supranacionais*”. Isto tudo, com o fito de assegurar a solução pacífica dos conflitos e obstar eventuais conflitos entre os Estados, como no caso da 1ª Guerra Mundial, revelando-se, assim, como um dos primeiros marcos no processo de internacionalização dos direitos humanos.

Segundo Piovesan nesse momento histórico:

(...) não mais se visava proteger arranjos e concessões recíprocas entre os Estados; visava-se, sim, o alcance de obrigações internacionais a serem

garantidas ou implementadas coletivamente, que, por sua natureza, transcendiam os interesses exclusivos dos Estados contratantes. Essas obrigações internacionais voltavam-se à salvaguarda dos direitos do ser humano e não das prerrogativas dos Estados. (PIOVESAN, 2010, p. 119)

As sanções eram mínimas, não dispendo de qualquer corpo militar com a finalidade de manter, prover e sustentar situações de paz em áreas de conflito, por isso, sua ferramenta de coerção baseava-se em sanções morais, econômicas e militares. (VIANNA, 2010)

Nesse cenário, o anseio pela proteção dos direitos da pessoa humana se intensificou, sobretudo, no que se refere ao reconhecimento e a positivação dos Direitos Humanos na ordem externa, no plano do Direito Internacional.

Contudo, a consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos se deu em meados do século XX, como consequência da Segunda Guerra Mundial, tido como um fenômeno do pós-guerra.

Nesse sentido, seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte destas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse. (BUERGENTHAL *apud* PIOVESAN, 2010, p. 121)

Nasce, então, a consciência de que a sobrevivência da humanidade carece de reorganização das relações internacionais e da reconstrução dos direitos humanos, com base na dignidade da pessoa humana, como valor essencial a orientar as relações internacionais e, finalmente, da cooperação entre todos os Estados.

Assim, após a II Guerra Mundial, como resposta as atrocidades, destruições, aos excessos de violação aos direitos humanos, sobretudo a negação da dignidade da pessoa humana como valor fonte de todas as relações, em 26 de junho de 1945, foi aprovada pela comunidade internacional a Carta das Nações Unidas, que criou a Organização das Nações Unidas (ONU) destinada a fornecer a base jurídica para a permanente ação conjunta dos Estados, em defesa a paz mundial. (DALLARI, 2001, p. 211)

No prólogo da Carta das Nações Unidas a Organização expressa seus propósitos e ideais, consta o que segue:

“Nós, os povos das Nações Unidas, resolvemos 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 direitos 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 de direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla.”

“E para tais fins praticar a tolerância e viver em paz uns com os outros, como bons vizinhos, unir nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais, garantir, pela aceitação de princípios e a instituição de métodos, que a força armada não será usada a não ser no interesse comum, e empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos.”

“Resolvemos conjugar nossos esforços para a consecução desses objetivos. Em vista disso, nossos respectivos governos, por intermédio de representantes reunidos na cidade de São Francisco, depois de exibirem seus plenos poderes, que foram achados em boa e devida forma, concordaram com a presente Carta das Nações Unidas e estabelecem, por meio dela, uma organização internacional que será conhecida pelo nome de ‘Organização das Nações Unidas.’”

São objetivos das Nações Unidas expressos no art. 1º da Carta:

1) Manter a paz e a segurança internacionais e para esse fim: tomar medidas coletivas eficazes para prevenir e afastar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão, ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos, e em conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajustamento ou solução das controvérsias ou situações internacionais que possam levar a uma perturbação da paz; 2) Desenvolver relações de amizade entre as nações baseadas no respeito do princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal; 3) Realizar a cooperação internacional, resolvendo os problemas internacionais de carácter econômico, social, cultural ou humanitário, promovendo e estimulando o respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião; 4) Ser um centro destinado a harmonizar a ação das nações para a consecução desses objetivos comuns. (*idem*).

A criação das Nações Unidas demarca o movimento de internacionalização e promoção dos direitos humanos, onde os Estados partes passam a reconhecer que os direitos essenciais da pessoa humana não são mais preocupação exclusiva da jurisdição doméstica, mas, ao contrário, constitui uma preocupação global.

Como a experiência já havia deixado evidente que não pode existir paz onde não houver justiça social surgiu, portanto, a ideia de se elaborar uma Declaração de Direitos que fixasse as diretrizes para a organização dos Estados. Diante disso, já

no ano de 1946 foi iniciado o trabalho de elaboração desse documento, que, afinal, foi aprovado na terceira sessão ordinária da Assembléia Geral das Nações Unidas, realizada em Paris, em 10 de dezembro de 1948, recebendo o nome de Declaração Universal dos Direitos Homem. (DALLARI, 2001, p. 211)

A Declaração é sem dúvida o recente marco dos Direitos Humanos, fruto de um consenso sobre valores de cunho universal a serem seguidos pelos Estados. E também do reconhecimento do indivíduo como sujeito de direito internacional (FLUMIAN, 2012, p. 1147). É composta de trinta artigos, onde em seu bojo encontram-se direitos civis e políticos (arts. 3 a 21) e direitos econômicos, sociais e culturais (arts. 22 a 28), precedidos por um preâmbulo com sete considerandos, onde reconhece expressamente: a dignidade da pessoa humana, como fundamento da liberdade, da justiça e da paz; o direito de resistência à tirania e a opressão; o ideal democrático como base no progresso social, econômico e cultural; a necessidade de haver um comprometimento dos Estados-Membros para promoção e o efetivo respeito universal dos direitos e liberdades fundamentais do homem, em sentido amplo (anexo 1).

O prólogo é finalizado da seguinte forma:

A presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

O diploma objetiva delinear uma nova ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade da pessoa humana ao consagrar valores básicos universais (PIOVESAN, 2010, p. 142).

É estimado como uma unidade independente e indivisível composta por direitos essenciais a existência da pessoa humana, como: o direito à vida, à liberdade, a segurança pessoal, a proibição ao trabalho escravo e ao tráfico de escravos, à seguridade social, a nacionalidade, ao trabalho e à proteção contra o desemprego, à educação, o direito de asilo a todas as vítimas de perseguição.

Outro traço saliente da Declaração Universal de 1948 é a afirmação da democracia como único regime político compatível com o pleno respeito aos direitos da pessoa humana (arts. XXI e XXIX, alínea 2). Isto porque, o regime democrático já não é, pois, uma opção política entre muitas outras, mas a única solução legítima para a organização do Estado. (COMPARATO, 2004, p. 231)

Segundo Dallari (2001, p. 211), o correto é dizer que a Declaração *proclamou* os direitos humanos, pois torna evidente que não há concessão ou reconhecimento dos direitos, mas a *proclamação* deles, significando que sua existência independe de qualquer vontade ou formalidade. Assim sendo, tratando-se de direitos humanos inerentes à natureza humana, nenhum indivíduo ou entidade, nem os governos, os Estados ou a própria Organização das Nações Unidas, tem legitimidade para retirá-los de qualquer indivíduo. (*grifo nosso*)

Sob o ponto de vista estritamente jurídico, a Declaração dos Direitos Humanos foi elaborada sob a forma de uma resolução, e por esta razão seu conteúdo não tem força vinculante, ou seja, não pode tornar-se obrigatório para os Estados, a não ser quando ele retomado sob a forma de uma Convenção ou Pacto entre firmados. Isto porque, a Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas não tem competência para editar normas cogentes aos seus membros. (TAIR, 2009)

Tair na precisa lição de Celso Ribeiro Bastos afirma que:

A Assembléia nunca pretendeu ir além de uma solene declaração de princípios. Sua significação é, pois, eminentemente moral. A sua jurisdicionalização fica na dependência dos pactos que venham a lhe conferir eficácia. Ocorre, entretanto, que mesmo os dois pactos, um sobre direitos econômicos e sociais e outro sobre direitos individuais tradicionais clássicos, não desembocaram em um sistema eficaz de proteção da vítima. Ficou, é certo, criada uma Comissão de Proteção aos Direitos Humanos, cujos membros são eleitos pelos Estados signatários do pacto, comissão essa, no entanto, de poderes muito reduzidos. O máximo a que ela pode chegar é à constatação da ocorrência de lesão de direitos individuais. (TAIAR, 2009, p. 178)

Portanto, a forma que confere eficácia aos direitos individuais fica na dependência da sua definição ao nível da legislação de cada país. É destes, no fundo, que dependem tanto a extensão dos direitos quanto à definição das garantias que os instrumentam, estas de ordem eminentemente jurisdicional, sem prejuízo de outras formas de muito menos importância que possam existir. (TAIR, 2009, p. 178)

Finalmente, vale salientar que a Declaração de Direitos Humanos em conjunto com os dois Pactos Internacionais sobre Direitos Cívicos e Políticos e sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966, compõem a “Carta Internacional de Direitos Humanos”.

Na sequência histórico-cronológica diversos instrumentos foram elaborados pela comunidade internacional, por meio de convenções, com fundamento na Declaração de Direitos Humanos, de 1948, a exemplo do sistema regional de proteção dos direitos humanos como: a Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1950; a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969 e a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, de 1981.

A Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), celebrada em Roma, no ano de 1950, foi elaborada no seio do Conselho da Europa, organização representativa dos Estados da Europa Ocidental, organização esta criada em 5 de maio de 1949 para promover a unidade europeia, proteger os direitos humanos e fomentar o progresso econômico e social. Elenca os direitos humanos e disciplina sobre seus meios de proteção. (COMPARATO, 2004)

A grande contribuição da CEDH para a pessoa humana foi à instituição de órgãos incumbidos de fiscalizar o respeito aos direitos nela declarados, julgando as suas eventuais violações pelos Estados signatários; o reconhecimento do indivíduo como sujeito de direito internacional, no que tange à proteção dos direitos humanos e finalmente, é o único sistema, dentre o americano e o africano, que permite o acesso de petições de indivíduos diretamente à Corte, tornando-a mais célere, democrática e eficaz. (COMPARATO, 2004)

Todavia, vale ressaltar que seu alcance limita-se aos direitos civis e políticos e representa. E por esta razão no ano de 1961 foi celebrada em Turim a Carta Social Europeia, que declarou os direitos econômicos, sociais e culturais não constantes da Convenção de 1950.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, elenca os direitos humanos e institui os órgãos que compõem o sistema americano de proteção aos Direitos Humanos, quais sejam: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Americana de Direitos Humanos.

A Comissão Americana tem competência de supervisionar o cumprimento do disposto na Convenção e investigar relatos de violação de suas normas. Já a Corte Americana tem a atribuição de julgar os litígios daí decorrentes, *“cuja jurisdição, no entanto, só é obrigatória para os Estados-Partes que a aceitam expressamente”* (COMPARATO, 2004, p. 367).

Logo, nota-se que, a Convenção seguiu, de modo geral, o modelo da Convenção Européia de Direitos Humanos, de 1950, anteriormente consignado nesse trabalho.

A respeito do conteúdo da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, Flumian observa que:

Ao longo da dela é possível à identificação de inúmeros direitos civis e políticos, nos moldes do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. A única menção aos direitos econômicos, sociais e culturais é encontrado no art. 26, o qual se limita a determinar que os Estados se engajem em progressivamente implementar tais direitos (na sua dimensão negativa e positiva), ditos de 2ª geração. Essa situação modificou-se com a adoção do Protocolo Facultativo à Convenção, conhecido como Protocolo San Salvador. A partir de então, tem-se uma enumeração dos direitos econômicos, sociais e culturais que os países americanos – membros da OEA – obrigam-se a implementar. (FLUMIAN, 2012, P. 1142)

A Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, de 1981, conhecida por Carta de Banjul, foi assinada em Nairobi, Quênia, e ratificada por todos os Estados do continente africano. Aborda diversos aspectos relacionados aos Direitos Humanos como a igualdade, a justiça, a liberdade e a dignidade, mas, sobretudo, trata sobre a importância de respeitar a valorização da tradição e da cultura da sociedade africana a fim de alcançar a efetivação dos Direitos Humanos na África. (NOGUEIRA, 2012)

Para Comparato (2004), a grande novidade desse documento normativo consistiu em afirmar que os povos são também titulares de direitos humanos, tanto no plano interno como na esfera internacional, e ainda, foi à primeira convenção internacional a afirmar os direitos dos povos à preservação do equilíbrio ecológico.

Ora depreende-se dessa análise que, foram grandes os esforços da comunidade internacional para garantir o respeito universal e a observância dos direitos humanos e liberdades fundamentais de todas as pessoas, o que contribui para a estabilidade e bem estar necessários à existência de relações pacíficas e amistosas entre as nações, como também para melhorar as condições de paz, segurança e o

desenvolvimento social e econômico, em conformidade com a Carta das Nações Unidas (TAIAR, 2009, p. 190).

Nos dias atuais, o respeito aos direitos humanos e as liberdades fundamentais, é uma norma fundamental do direito internacional na área dos direitos humanos e, portanto, deve ser tarefa prioritária para os Estados e para a comunidade internacional, que devem tomar medidas eficazes para preveni-las e combatê-las.

2.1.2.2 – Análise axiológica

Com base na ordem histórica cronológica em que passaram a ser constitucionalmente reconhecidos os direitos humanos, o jurista tcheco-francês Karel Vasak idealizou a divisão desses direitos em gerações, com a finalidade de permitir uma análise precisa de sua amplitude, indicando o momento histórico em que esses direitos foram devidamente reconhecidos.

A primeira geração é produto do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificadamente como direitos e defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos. (SARLET, 2006)

Em suma, cuida-se dos direitos civis e políticos clássicos, embasados na ideia de liberdade sob a concepção jusnaturalista e na perspectiva de absentéismo estatal cuja titularidade é atribuída aos indivíduos, dentre os quais se destacam: o direito à vida, à liberdade e à igualdade de todos perante a lei.

A segunda geração de direitos humanos surge notadamente com o movimento antiliberal, após a Primeira Guerra Mundial. Trata-se dos direitos sociais, culturais e econômicos, cujo fundamento baseia-se na ideia de igualdade. Sua titularidade é atribuída a toda coletividade, motivo pelo qual são conhecidos como direitos coletivos,

A nota distintiva desses direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que não se trata mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, conferir liberdade a todos por intermédio do próprio Estado. Esses direitos caracterizam-se por outorgarem ao indivíduo direitos sociais e prestacionais que englobam a saúde, educação, trabalho, segurança, transporte, lazer, assistência social etc. (SARLET, 2006)

A terceira geração de direitos humanos resulta das lutas sociais pela conquista da democracia e da solidariedade humana, com inspiração nos lemas da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade.

Protege, portanto, os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos, ao patrimônio histórico e cultural e a outros direitos difusos, cuja titularidade é coletiva e difusa, característica esta que a diferencia das outras duas gerações anteriores.

A doutrina defende a existência dos direitos de quarta geração, todavia, ainda não há um consenso na doutrina sobre qual o conteúdo dessa espécie de geração.

Segundo orientação de Norberto Bobbio, em sua obra “A era dos Direitos”, a referida geração decorre dos avanços da engenharia genética. Destarte, nas palavras do jurista italiano (1992, p. 6) “... já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo”.

Doutro norte, o precursor da idéia de existência de uma quarta geração de direitos, Paulo Bonavides sustenta que esta é resultado da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização no plano institucional, que corresponde, em sua opinião, à derradeira fase de institucionalização do Estado Social. (BONAVIDES *apud* SARLET, 2006, p. 60)

Desse modo, essa geração de, compreende o direito à democracia, à informação, ao pluralismo, à engenharia genética, à biotecnologia e ao desenvolvimento tecnológico de modo geral, sob a percepção de uma globalização política. Por fim, vale ressaltar que, a titularidade desses direitos é atribuída à coletividade.

A quinta geração de direitos humanos é mais recente geração idealizada pela doutrina especializada no tema, surgindo e desenvolvendo-se de acordo com a evolução e o progresso científico e tecnológico. Trata dos direitos provenientes da tecnologia e, sobretudo da internet, que rompem fronteiras e distâncias e estabelecem relações interestaduais entre os povos, pois o direito ao acesso e a difusão de informação são pontos centrais dessa geração. (NOGUEIRA, 2012)

Contudo, de acordo com Lenza (2013), muito embora Karel Vasak tenha classificado o direito à paz como de terceira geração, Bonavides entende que este direito deva ser tratado em dimensão autônoma, chegando a afirmar que a paz é axioma da democracia participativa e, portanto classificasse como direito de quinta geração, em que o direito supremo da humanidade é a paz.

Ressalta-se que, os direitos previstos nas três primeiras gerações já se encontram sedimentados no ordenamento jurídico pátrio, enquanto que, os direitos advindos das duas últimas gerações ainda são objetos de discussão e dúvida por parte da doutrina, justamente pelo fato de inovarem certos aspectos ainda não cristalizados na sociedade. (VEIRA, 2012)

Cabe aqui também apontar que a utilização do termo “gerações” é fundamentalmente criticada pela doutrina nacional e alienígena, em especial pelo jurista brasileiro Antônio Augusto Cançado Trindade, que prefere utilizar o termo “dimensão”. Isto porque, consoante Sarlet (2006), não há como negar a que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementariedade, e não de alternância, de modo que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão de substituição gradativa de uma geração por outra, motivo pela qual há quem prefira o termo “dimensões” dos direitos humanos.

2.1.3 – Características dos Direitos Humanos

Os direitos humanos trazem consigo um rol de características que, ao mesmo tempo em que forjam um traço unificador, faz com que eles sejam reconhecíveis enquanto tais pela presença desses aspectos.

Destarte, é imperiosa a enumeração dessas características, pois a partir delas é que se é possível à identificação das normas de direitos humanos, quais sejam: historicidade, universalidade, irrenunciabilidade, inalienabilidade, limitabilidade, imprescritibilidade, concorrência, indivisibilidade e interdependência.

Inicialmente, o que deve ter como assente, é que “os direitos humanos por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas” (BOBBIO, 1992, p. 5). Daí porque se diz que os direitos humanos ter caráter de historicidade.

Outra característica inerente aos direitos humanos e bastante conhecida pela sociedade é a universalidade, isto porque, se destinam indiscriminadamente a todos os seres humanos. Dessarte, como observa Araújo (2008, p. 122), “*é incompatível com a natureza dos Direitos Humanos sua restrição a um grupo, categoria, classe ou estamento de pessoas*”.

Ademais, por tratar-se de direitos inerentes à própria condição humana estes direitos são irrenunciáveis, ou seja, são indisponíveis tanto pelo particular como pelo Estado, de modo que “*o que pode ocorrer é o seu não exercício, mas nunca a sua irrenunciabilidade*”. (LENZA, 2013, p. 103)

Nessa esteira, visto que são intrínsecos ao ser humano, portanto, indisponíveis, são inegociáveis, inalienáveis, posto que não apresentam conteúdo econômico-patrimonial.

Os direitos humanos apresentam ainda como característica essencial serem absolutos, porém, são limitáveis. Isto porque, a muitas vezes no caso concreto confronto, conflitos de interesses. A solução ou vem discriminada na Constituição, ou caberá ao interprete, ou magistrado, no caso concreto, decidir qual direito deverá prevalecer, levando em consideração a regra da máxima observância dos direitos fundamentais envolvidos, conjugando-a com a mínima restrição. (LENZA, 2013, p. 1032)

Os direitos humanos são atemporais, pois em relação a eles não se verificam requisitos que importem em sua prescrição. Vale dizer, nunca deixam de ser exercíveis. Isto porque, a prescrição é um instituto jurídico que somente atinge a

exigibilidade de direitos patrimoniais e não a exigibilidade de direitos personalíssimos, como é o caso dos direitos humanos que, portanto, são apresentados-se como imprescritíveis. (SILVA, 2008)

Importa também assinalar que os direitos humanos apresentam a característica de concorrência, já que podem ser exercidos cumulativamente pelos indivíduos. Nesse sentido, Canotilho e Vidal Moreira observam que isto “*quer dizer que: num mesmo titular podem acumular-se ao cruzar-se diversos direitos. Assim como, por exemplo, o direito de expressão e informação está ‘acumulado’ com a liberdade de imprensa e com o direito de manifestação (...)*”. (CANOTILHO *apud* ARAÚJO, 2008, p. 125)

Também apresentam como característica a indivisibilidade já que “*todos os direitos humanos se retroalimentam e se completam, assim é infrutífero buscar a proteção e a promoção de apenas uma parcela deles*”. (FLUMIAN, 2012, p. 1133)

Derradeiramente, outra característica é a interdependência dos direitos humanos, que revela que tais direitos são conexos de tal modo que para serem substancialmente realizados em face aos seres humanos um depende do outro.

2.2 – O DIREITO BRASILEIRO EM FACE DO SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

2.2.1 – Do processo de institucionalização dos Direitos Humanos pelo Direito Brasileiro

A Constituição Federal de 1988 demarca, no âmbito jurídico, o processo de democratização do Estado brasileiro, ao consolidar a ruptura com o regime autoritário militar, instaurado em 1964. E em consequência do processo de democratização, a Magna Carta representa indiscutível avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira. Isto porque, a partir dela os direitos humanos ganham relevo extraordinário, situando-se a Carta de 1988 como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos jamais adotado no Brasil. (PIOVESAN, 2010)

Nesse norte, a Carta de 1988, não por acaso cognominada “constituição cidadã”, rompeu com os resquícios de um antecedente ‘status’ autoritário, agregando a essa conquista política valores sociais relevantes, indicativos da aceitação de uma pauta mínima universal de direitos relativos à pessoa. (OLIVEIRA, p. 01)

Tal a importância nuclear atribuída pela Carta Magna de 1988 aos direitos humanos que o valor da dignidade da pessoa humana, ineditamente, foi elevado a princípio fundamental da República Federativa do Brasil, nos exatos termos do seu art. 1º. Inciso III. Além da dignidade humana, o mesmo dispositivo legal, consagra outros valores como fundamentos da CF que reforçam a importância dos direitos humanos no Brasil, são eles: a cidadania (inciso II), os valores sociais do trabalho (inciso IV) e o pluralismo político (inciso V), todos do art. 1º da Constituição Federal.

No entender de Flávia Piovesan:

O valor da dignidade humana (...) impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo sistema jurídico brasileiro. Na ordem de 1988, esses valores passam a ser dotados de uma especial força expansiva, projetando-se por todo universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional. (PIOVESAN, 2003, p. 44)

Infere-se desses dispositivos o quanto é acentuada a preocupação da Constituição em assegurar os valores da dignidade e do bem-estar da pessoa humana, como imperativos de justiça social (PIOVESAN, 2010, p. 27). Ademais, a esse raciocínio se acrescenta que a Carta de 1988 disciplina os objetivos fundamentais do Estado Brasileiro com o fito de assegurar a efetiva proteção dos direitos humanos no país. Destarte, nos termos do art. 3º, da CF/88, consta o que segue:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II - garantir o desenvolvimento nacional;
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Ora, não restam dúvidas de que os objetivos fundamentais da República Brasileira se edificam no valor nuclear dos direitos humanos, que impõe-se como princípio norteador de todo ordenamento jurídico, servindo como parâmetro de valoração a orientar a interpretação de todo sistema constitucional pátrio, com propósito de assegurar efetiva proteção dos direitos essenciais à condição da pessoa humana, quais sejam, os direitos humanos.

Outro fator que sacramenta a nuclearidade dos direitos humanos no Brasil é o que dispõe o inciso II, do art. 4º, da CF/88, ao estabelecer que as relações internacionais do Brasil serão regidas, dentre outros, pelo princípio da prevalência dos direitos humanos.

Este diploma constitucional simboliza a reinserção do Brasil no âmbito internacional. Isto porque, trata-se da primeira Constituição brasileira a consagrar um universo de princípios de para guiar o país no cenário internacional, fixando valores a orientar a agenda internacional do país, iniciativa esta sem paralelo nas experiências constitucionais anteriores. (PIOVESAN, 2010, p. 137)

Com efeito, o art. 4º do Texto constitucional, determina que as relações internacionais do Brasil reger-se-ão pelos seguintes princípios: independência nacional (inciso I), prevalência dos direitos humanos (inciso II), autodeterminação dos povos (inciso III), não intervenção (inciso IV), igualdade entre os Estados (inciso V), defesa da paz (VI), solução pacífica dos conflitos (inciso VII), repúdio ao terrorismo e ao racismo (inciso VIII), cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (inciso IX) e concessão de asilo político (inciso X).

De acordo com Piovesan (2010, p. 39): *“ao romper com a sistemática das Cartas anteriores, a Constituição de 1988, ineditamente, consagra o primado do respeito aos direitos humanos, como paradigma para a ordem internacional”*, de modo que:

Esse princípio invoca a abertura da ordem jurídica interna ao sistema ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos. A prevalência dos direitos humanos, como princípio a reger o Brasil no âmbito internacional, não implica apenas o engajamento do País no processo de elaboração de normas vinculadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas sim a busca da plena integração de tais regras na ordem jurídica interna

brasileira. Implica, ademais, o compromisso de adotar uma posição política contrários aos Estados em que os direitos humanos sejam gravemente desrespeitados.

[...]

Os direitos humanos, nessa concepção, surgem para a Carta de 1988 como tema global. (PIOVESAN, 2010, p. 40-41)

Com base nesta concepção, depreende-se que os direitos humanos “*além de fundamentarem a existência da república brasileira, estes são também vetores para o estabelecimento da política nacional e da internacional*” (FLUMIAN, 2012, p. 1145).

Destarte, o valor da dignidade humana e os direitos e garantias fundamentais, constituem suporte axiológico que irradiam todo sistema jurídico pátrio, assim, toda interpretação, compreensão e aplicação de alguma norma do sistema jurídico brasileiro deverá ser realizada em conformidade com tais princípios e valores, sob pena de ser declarada inconstitucional.

A Constituição Federal brasileira de 1988, não por acaso cognominada “Constituição Cidadã”, sacramentou em seu Título II, os Direitos e Garantias Fundamentais, subdivididos em cinco capítulos, quais sejam: Dos direitos e deveres individuais e coletivos, Dos direitos sociais, Da nacionalidade, Dos direitos políticos e Dos partidos políticos.

Direitos Individuais e Coletivos: esses são os direitos ligados ao conceito da pessoa humana e a sua personalidade, tais como a vida, a igualdade, a dignidade, a honra, a segurança, a propriedade e a liberdade. *Os direitos Sociais* são aqueles que têm por objetivo garantir aos indivíduos as condições materiais tidas como imprescindíveis para o pleno gozo dos seus direitos, por isso tendem a exigir do Estado intervenções na ordem social.

Da nacionalidade compreende-se a situação do indivíduo em face do Estado, podendo ser nacional ou estrangeiro, este direito é também garantido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos. *Dos direitos políticos* é o direito atribuído ao cidadão que lhe permite, através do voto, do exercício dos cargos públicos ou da utilização de outros instrumentos constitucionais e legais, ter participação e influência nas atividades do governo.

Dos partidos políticos: garante a autonomia e a liberdade plena dos partidos políticos, como instrumentos necessários e importantes na preservação do Estado democrático de Direito no qual dispõe o art.17 da CRFB/88. (SOUZA, CORREIA e MOURA, 2010, p. 2204) (*grifo nosso*)

Observa-se que o legislador constituinte regrou direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, como também traçou certos direitos coletivos e difusos, o que nos

permite concluir que a Carta de 1988 afirma a indivisibilidade e a interdependência dos direitos humanos, características estas abordadas no tópico 2.1.3. (FLUMIAN, 2012, p. 1145)

A amplitude do catálogo dos direitos fundamentais, aumentando, de forma sem precedentes, o elenco de direitos humanos positivados, é outra característica preponderantemente positiva e digna de referência (SARLET, 2006, p. 79). Apenas para exemplificar, o art. 5º, da CF/88, possui 78 incisos, o qual elenca um aglomerado de direitos que salvaguardam valores individuais fundamentais da pessoa humana, como: o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à propriedade e à segurança.

Atente-se que, dada à importância dos direitos e garantias fundamentais no direito pátrio que o Texto Constitucional de 1988 com o propósito de reforçar a imperatividade das normas que traduzem direitos e garantias fundamentais os constituiu como cláusula pétrea¹ nos termos do § 4º, inciso III, do seu art. 60º, impossibilitando, assim, a supressão de quaisquer desses direitos pela ação do poder Constituinte derivado, sob pena de ser declarado inconstitucional.

Ainda, dentre os inéditos avanços constitucionais encontra-se a adoção do princípio da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, nos termos do art. 5º, § 1º, da CF. “*Vale dizer, cabe aos Poderes Públicos conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito definidor de direito e garantia fundamental*” (PIOVESAN, 2010, p. 36).

Nesse ínterim, ainda merece destaque o disposto no § 2º, do art.5º, 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”.

Para Sarlet (2006), tal estipulação aponta para a existência de direitos fundamentais positivados em outras partes do texto constitucional e até mesmo em tratados internacionais interiorizados pelo sistema jurídico brasileiro.

¹ Segundo Nogueira (2012, p. 1020), cláusula pétrea é uma norma constitucional de eficácia absoluta, imutável, tendo em vista que não pode sofrer nenhum tipo de alteração ou emenda.

2.2.2 – A incorporação dos Tratados de Proteção dos Direitos Humanos pela Ordem Jurídica Brasileira

À luz do § 2º, do art. 5º, a Constituição Federal de 1988 recepciona e assegura privilégio hierárquico aos direitos e garantias fundamentais expressos em tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil é parte, reconhecendo-lhes natureza de norma constitucional.

Como observa Piovesan:

[...] enquanto os demais tratados internacionais tem força hierárquica infraconstitucional, nos termos do art. 102, III, *b*, da Constituição Federal, os direitos enunciados em tratados internacionais de proteção dos direitos humanos apresentam valor de norma constitucional. (PIOVESAN, 2010, p. 59)

Ainda segundo a autora (2010, p. 68), essa opção do Constituinte de 1988 se justifica *“em face do caráter especial dos tratados de direitos humanos e, no entender de parte da doutrina, da superioridade desses tratados no plano internacional”*.

No sentido de ratificar a hierárquica dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, a EC nº 45 de, 08 de dezembro de 2004, introduziu o § 3º, no art.5º, da CF/88, com a seguinte redação: *“os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas á Constituição”*.

Portanto, ao se admitir a natureza constitucional de todos os direitos enunciados em tratados de direitos humanos em que o Brasil for parte ficam resguardados pela cláusula pétrea *“direitos e garantias individuais”*, previstos no art. 60º, § 4º, IV, da Carta. (PIOVESAN, 2010, p. 80)

No tópico anterior (2.2.1), apontou-se para a inédita previsão constitucional do princípio da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, assegurado no art. 5º § 1º, da Magna Carta de 1988. Segundo Flávia Piovesan (2010, p. 85) *“se as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais*

demandam aplicação imediata e se, por sua vez, os tratados internacionais de direitos humanos têm por objeto justamente a definição dos direitos e garantias, conclui-se que tais normas merecem aplicação imediata”.

De acordo com a autora:

[...] o que a Constituição brasileira de 1988 assegura é a incorporação automática dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, que detêm aplicação imediata no âmbito nacional. Desde que, ratificados os tratados internacionais irradiam efeitos de plano e asseguram direitos direta e imediatamente exigíveis no ordenamento interno.

Cabe assim, ao Poder Judiciário e aos demais Poderes Públicos assegurar a implementação no âmbito nacional das normas internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro. As normas internacionais que consagram direitos e garantias fundamentais tornam-se passíveis de vindicação e pronta aplicação ou execução perante o Poder Judiciário, na medida em que são diretamente aplicáveis. Os indivíduos tornam-se, portanto, beneficiários diretos de instrumentos internacionais voltados à proteção dos direitos humanos. (PIOVESAN, 2010, p. 96)

Segundo o Ministério da Justiça o Brasil até o ano de 2008 ratificou mais de 10 tratados internacionais, entre convenções e protocolos facultativos, no âmbito do sistema da ONU, dentre os quais se encontram: Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1966), ratificada em 27 de março de 1968; os Pactos Internacionais de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) e de Direitos Cívicos e Políticos (1966), ambos ratificados em 24 de janeiro de 1992; Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, ratificada em 1º de Fevereiro 1984; Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, ratificada em 28 de setembro de 1989 e Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ratificada pelo Brasil, promulgada no Senado Federal em 09 de julho de 2008, com status de Emenda Constitucional.

Nota-se que a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo foram os primeiros tratados internacionais de direitos humanos aprovados nos termos do § 3º, do art. 5º, da Magna Carta.

3 - A SOBERANIA FRENTE À NECESSIDADE DE PROTEÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

3.1 – A CRISE DA SOBERANIA ABSOLUTA ESTATAL E SUA MITIGAÇÃO

Conforme exposto anteriormente, a soberania é abordada como fonte originária de todo o poder exercido pelo Estado, poder este com conotação de incontestável e incontrastável. Entretanto, nos dias de hoje, há que se questionar tal definição, considerando a nova ordem internacional, no pós-modernismo, que passa a exigir do Estado um pensamento global, com intuito de concretizar uma Comunidade Internacional em seu sentido mais amplo, tentando a satisfação e a congruência de interesses ora divergentes por meio da cooperação entre os Estados face à necessidade de interdependência entre eles, por motivos de ordem econômico, político e social.

Nesse sentido Streck observa que:

No plano internacional, observa-se fenômeno semelhante relacionado ao caráter de independência dos Estados soberanos, como capacidade de autodeterminação. A interdependência que se estabelece contemporaneamente entre os Estados aponta para um cada vez maior atrelamento entre as ideias de soberania e de cooperação jurídica, econômica e social, o que afeta drasticamente a pretensão à autonomia [...]. (STRECK, 2004, p.140)

Sob esse contexto, os Estados tem conferido uma maior preocupação com os compromissos assumidos no âmbito externo, ou seja, com suas relações internacionais, do que com a questão de seu poder soberano absoluto e inatingível, de modo que a está limitando em razão da necessidade de interdependência entre eles, isto é, com os pactos e compromissos assumidos no âmbito externo, em razão de questões de ordem internacional, como a globalização, o desenvolvimento econômico e industrial, o respeito mútuo entre os povos, a busca da paz mundial, o progresso humanitário, dentre outros.

Nesse sentido, segundo Hee Moon Jo e Marcelo da Silva Sobrinho:

(...) poder-se-ia aduzir prematuramente que o Direito Internacional não se preocupa com o conceito de soberania interna. Porém, como o Direito Internacional foi e vem sendo formado conforme as necessidades da sociedade internacional, impõe-se a limitação ao poder soberano tanto em seu âmbito internacional quanto em seu âmbito doméstico. (JO e SOBRINHO, 2004, p. 27)

As mais importantes intervenções políticas ocorrem, em alguns casos, por solicitações dos próprios países abalados por comoções internas, na maioria das vezes por exércitos formados por determinação da ONU, chamados comumente de “força internacional de paz” ou Missão de Estabilização, como ocorreu no Haiti. Outras vezes ocorrem por legitimação outorgada a um ato de ocupação ou invasão, praticado por um ou vários países contra o outro, como ocorreu no Iraque, e outras, ainda, por imposição de sanções econômicas e comerciais com finalidades coercitivas. (MALUF, 2010, p.46)

Nesse sentido, o jovem internacionalista Valério de Oliveira Mazzuoli, em seu artigo titulado como “*Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos: dois fundamentos irreconciliáveis*”, afirma que:

À medida que os Estados assumem compromissos mútuos em convenções internacionais, que diminuem a competência discricionária de cada contratante, eles restringem sua soberania e isso constitui uma tendência do Constitucionalismo contemporâneo, que aponta a prevalência da perspectiva monista internacionalista para a regência das relações entre direito interno e do direito internacional. (...). Os Estados por força desse reconhecimento impõem-se restrições, sem que, possam, em seguida, juridicamente, libertar-se, por um ato própria e exclusiva, das obrigações que a si mesmo impuseram. (MAZZUOLI, 2002, p. 170)

Propõe os autores que são os pilares ou princípios-base do conceito de soberania o princípio da não intervenção, que segundo eles, “*significa que os Estados soberanos têm o direito de serem livres de qualquer interferência externa em seus assuntos domésticos*” (JO, 2004, p. 08) e o princípio da igualdade formal, prescrito no artigo 2(1) da Carta das Nações Unidas, que diz, *in verbis*, que “*a organização é baseada no princípio da igualdade de todos os seus membros*”.

De modo que, não é o princípio da soberania em si que mantém o aspecto soberano dos Estados, uma vez que a maior parte dos Estados não pode ser considerada

soberana em seu sentido pleno, mas submetida a normas impostas pelas grandes potências Estatais da contemporaneidade. (MARTINS, 2009, p. 07)

Com efeito, o jurista José Geraldo Brito Filomeno entende que a soberania ainda deve sofrer limitações exatamente nos âmbitos político, social e político.

No que diz respeito às suas limitações do ponto de vista político, a técnica mais aceita para tanto é a tripartição das funções estatais, ou seja, da criação do direito (exercida pelos órgãos legislativos), sua execução genérica (órgãos executivos) e aplicação de questões concretas (funções exercitadas pelos órgãos judiciais). (FILOMENO, 2009, p. 141)

As limitações de cunho jurídico referem-se a consagração e respeito aos chamados direitos e garantias individuais, ou seja, não apenas o reconhecimento do Estado de prerrogativas de cunho individual de que são titulares todos os seres humanos que vivem em seu território, como também pelo oferecimento de instrumentos adequados para seu efetivo respeito no aspecto preventivo, afastando-se qualquer ameaça àqueles mesmos direitos, ou no reparatório, caso já tenha havido prejuízo (FILOMENO, 2009, 141).

Finalmente, no campo social pode-se que a soberania encontra-se mitigada em face ao reconhecimento pela sociedade política de valores mais abrangentes do que os direitos e garantias individuais, pois amparam a coletividade como um todo e não apenas o indivíduo em sua individualidade.

Consoante disciplina Filomeno:

[...] após a revolução liberal e abusos do capitalismo, surgiu a ideia de que o Estado não deve apenas intervir nos campos político e jurídico, mas também no social, até para que se propicie a verdadeira democracia, ou seja, proporcionando a todos os indivíduos condições mínimas e indispensáveis para que se realizem individual e plenamente. Trata-se do chamado *welfare state*, ou seja, o Estado de bem-estar social, referindo-nos, nesse caso, e basicamente, ao proporcionamento de *educação, saúde, saneamento básico, segurança, lazer, desportos etc.* (FILOMENO, 2009, p. 142)

Nota-se que, afirmar que o poder soberano encontra-se relativizado em face a consagração e efetivação dos direitos e garantias individuais e dos direitos sociais, é

o mesmo que dizer que a soberania encontra limitações em razão dos direitos humanos.

Isto porque, conforme já conceituado anteriormente no tópico 2.1.1, os Direitos Humanos são os direitos derivados da natureza humana, independente de idade, sexo, religião, idéias políticas ou filosóficas, país, etnia ou condição social. Decorrem da dignidade da pessoa humana e tem abrangência universal e supranacional, de modo que todas as pessoas e Estados devem respeitá-lo. (CICCO; GONZAGA, 2009, p.156)

O princípio da soberania contém em si determinados fatores que violam o Direito Internacional, visto que não se adequam a inúmeras normas de *jus cogens* como o princípio da proteção aos Direitos Humanos, âmbito no qual o princípio da soberania torna-se ineficaz, visto que eles se sustentam e devem ser protegidos por si mesmos, como meio de implementação de direitos e garantias fundamentais.

Em razão do caráter universal atribuído aos direitos humanos, estes não devem pelo menos no plano teórico ser limitados pelos Estados, de modo que resta claro que a soberania dos Estados fica condicionada a respeitar e protegê-los, sob pena de sofrer sanções no plano externo.

Faz-se mister acrescentar que sob a nova ordem internacional várias são as manifestações internacionais, tanto com a criação de organismos internacionais como de organizações não-governamentais para a proteção destes direitos, interferindo diretamente nos Estados, comprometendo suas soberanias (BOMTEMPO, 2010).

Analisadas algumas causas de ordem externa e interna que limitam o poder soberano dos Estados, nos resta fazer um questionamento: afinal, é possível afirmar que existe soberania na pós-modernidade?

A doutrina se divide entre otimistas e pessimistas, segundo o qual aqueles acreditam na força do Estado, inclusive na atualidade, uma vez que este sempre é suscitado para dirimir ou solucionar problemas, enquanto estes já não acreditam mais no Estado, vislumbrando um mundo global e sem fronteiras, que o Estado já não tem mais função (CICCO, 2009, p. 308).

A soberania é, sem dúvida, o poder incontestável e incontestável inerente ao próprio Estado, e senhor de sua ordem jurídica, à medida que cria, executa e aplica as normas estruturais e comportamentais. Mas isto, dentro dos limites éticos da convivência, ou seja, desde que respeitados os direitos e garantias individuais e sociais, as atribuições dos diversos órgãos exercentes das funções governamentais. (FILOMENO, 2009, p. 143)

Nesse sentido, Bomtempo na precisa lição de José Maria Gomes afirma que:

“É preciso construir um projeto de democracia cosmopolita, sustentado tanto nas garantias institucionais e normativas que assegurem representação e participação de caráter regional e global, quanto em ações deliberativas e em rede que expandam e adensem uma esfera pública sobre as mais variadas questões relevantes (direitos humanos, paz, justiça distributiva, gênero, biosfera, saúde, etc.)” (GÓMEZ *apud* BOMTEMPO, 2010).

Assim, entende-se que a soberania pode e deve subsistir na pós-modernidade, porém, sob uma nova concepção, direcionada a uma visão cosmopolita e global, que integre os Estados, os organismos internacionais e os indivíduos, visto que hoje se inserem no contexto de comunidade internacional e não apenas doméstico.

3.2 – DISCUSSÃO ACERCA DE UMA NOVA CONCEPÇÃO DE SOBERANIA NO BRASIL FRENTE AO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

A universalização dos direitos humanos, mas exatamente com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 e o reconhecimento da pessoa humana como sujeito de direitos na relação jurídica de direito internacional, é causa determinante e justificadora de que a ideia de soberania absoluta encontra-se há muito tempo superada, frente à necessidade de proteção desses mesmos direitos, e tal constatação fica muito clara com o estudo do direito internacional dos Direitos Humanos.

Ora, o Estado, não sendo um fim em si mesmo, mas um meio de os indivíduos procurarem cumprir seu destino, desenvolvendo suas qualidades físicas, morais e

intelectuais, tem o seu poder soberano limitado pelos direitos naturais da pessoa humana (AZAMBUJA, 2008, p. 103).

Assim, sendo o fim do Estado o bem comum da comunidade, ele não pode limitar os direitos individuais dos seus cidadãos, sob pena de violar o seu próprio fim, a razão de sua existência, de modo que, o próprio indivíduo, que se insere no Estado, deve ter garantido os seus direitos fundamentais (BOMTEMPO, 2010).

Pode-se afirmar que o Estado, em circunstância alguma, poderá legitimamente negar os direitos individuais, sob a justificativa de exercício legítimo de seu poder absoluto soberano, pois sendo eles inerentes à pessoa humana, se os negasse o Estado não realizaria o bem comum, e assim, a existência e manutenção do Estado não se justificaria.

Bastante expressiva é lição de Gilberto Amado neste tema:

“Assim como se organizou a sociedade humana, assim como cada indivíduo perdeu sua liberdade pessoal para criar a sociedade humana, corporificada em nações, assim estas não de perder um pouco da sua soberania para criar esse superorganismo necessário à paz do mundo e à felicidade do gênero humano”. (AMADO *apud* MAZZUOLI, 2002, p. 171)

Assim, o Estado que violar direitos humanos poderá ser responsabilizado perante a comunidade internacional, como, por exemplo, por intermédio de cortes regionais (ex.: Corte Interamericana de Direitos Humanos) ou de comitês internacionais (ex.: Comitê dos Direitos Humanos criado pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos). Dentro desta lógica, o indivíduo que tiver sua dignidade violada e não conseguir a efetiva tutela poderá buscar (direta ou indiretamente) cortes e comitês internacionais para buscar sua devida proteção. Ademais, o dirigente político que conduzir o país a práticas de crimes contra a humanidade também poderá ser julgado e condenado pelo TPI. (FLUMIAN, 2012, p. 1134)

Sobre o processo de mitigação da soberania, é imprescindível apontar o caráter complementar e subsidiário dos sistemas internacionais. Isto porque, estes apenas serão acionados caso o sistema jurídico doméstico tenha sido incapaz ou não tenha demonstrado interesse ou ainda em razão de grande morosidade em julgar o caso.

Para Flumian:

[...] não se configuraria vilipêndio à soberania, pois, na maioria dos casos, o estado, com suporte no *princípio da autodeterminação dos povos*, aquiesceu à competência de cortes e comitês internacionais. Isto é, com supedâneo em sua soberania escolheu fazer parte de certo sistema de proteção internacional e qualquer determinação ou punição que prover deste sistema já foi aceita de antemão pelo Estado. (FLUMIAN, 2012, p. 1134/1135)

O entendimento do autor encontra amparo na teoria do decisionismo jurídico criada pelo pensador Carl Schmitt, que retrata a decisão como fundamento máximo da soberania. Entre as obras produzidas por Schmitt a este respeito destacam-se *Teologia política*, publicada em 1922 e a famosa *Teoria da Constituição*, publicada em 1928.

O decisionismo jurídico em Carl Schmitt reputa a soberania como *última instância* concreta e decisiva, reduzindo o Estado ao poder de decisão e confundindo legalidade e legitimidade. (FRANÇA, 1977, p. 384)

Portanto, se a soberania é vista como capacidade de decisão do Estado, eis que no que se refere aos Direitos Humanos à ideia de soberania encontra limitações, também sob esse fundamento.

Exemplo disso é o Estado Brasileiro que por meio de suas decisões limita sua soberania ao aderir tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, submetendo-se a jurisdição de tribunais internacionais e a intervenção de organismos externos.

A limitação consiste na ideia de que ao aderir os tratados e convenções o Estado brasileiro passa a ser mero aderente, não podendo discutir o conteúdo. Ademais, se o Brasil como país emergente e em pleno desenvolvimento não interiorizar os tratados de proteção aos direitos humanos, certamente será penalizado com embargos econômicos, políticos etc. Isto porque, embora os Estados sejam formalmente considerados iguais na ordem internacional, na realidade afirmação não expressa a verdade, em razão de inúmeros fatores externos, sobretudo frente a globalização.

O art. 5º da Constituição brasileira de 1988 é o repositório de tais limitações à soberania do Estado, uma vez que limita tal poder de acordo com os direitos e garantias individuais e sociais, merecendo destaque, nesse último caso, as políticas de proteção ao meio ambiente, que afeta toda a humanidade, em última análise, e do consumidor, destinatário final de tudo o que é produzido e distribuído e, direta ou indiretamente, ligado ao próprio bem comum. (FILOMENO, 2009, p. 142)

Ademais, vejamos o que estabelece a o art. 4º, inciso II, da CF/88:

Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:
II - prevalência dos direitos humanos;

A partir do momento em que o Brasil se propõe a fundamentar suas relações com base na prevalência dos Direitos Humanos, está ao mesmo tempo reconhecendo a existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal. Isto é, a soberania do Estado brasileiro fica submetida a regras jurídicas, tendo como parâmetro obrigatório à prevalência dos Direitos Humanos. Rompe-se a concepção tradicional de soberania estatal absoluta, reforçando o processo de sua flexibilização e relativização, em prol dos Direitos Humanos. (PIOVESAN, 2004, p. 63)

Vale acrescentar que o legislador brasileiro ainda limitou o poder absoluto soberano do país, ao elevar os direitos e garantias individuais a condição de cláusulas pétreas, referendada pelo texto constitucional em seu Art. 60. § 4º, inciso IV. De modo que, no país não pode ser objeto de supressão pelo legislador originário nem derivado aos direitos e garantias fundamentais, que nada mais são do que a ampliação dos Direitos Humanos.

A partir dos ensinamentos, acima, podemos compreender que somente através da quebra dessa soberania mundial poderá haver a universalidade dos “direitos humanos” para que atinja o maior o número de pessoas que necessitem deles.

CONCLUSÃO

A reflexão proposta neste estudo é na verdade bastante conflituosa na doutrina. Não é tarefa fácil defender a relativização da soberania, isto porque, muito embora hoje se tenha entendimentos favoráveis a esse respeito, alguns Estados do mundo inteiro ainda se mostram apreensivos e mesmo negam qualquer tipo de intervenção dentro de seu território, escudados pelo princípio da soberania como poder absoluto e incontestável.

Séculos se passaram, e o conceito de soberania sofreu progressivas mudanças conceituais para atender às necessidades do mundo atual. Houve progressivamente uma transferência parcial da soberania interna, no sentido de atender às diretrizes traçadas no século passado de colaboração permanente entre os Estados, objetivando uma convivência pacífica global, a paz mundial e o progresso humanitário.

Não há como negar que atualmente tem se evidenciado uma constante mudança de paradigmas no Direito Internacional nesse sentido. Em razão da defesa dos direitos humanos, o mundo adotou uma nova postura em relação ao que acontece com os seres humanos por todas as partes do planeta, sejam eles nacionais, estrangeiros, apátridas ou refugiados.

Assim, a internacionalização dos direitos humanos acabou funcionando como um limitador a concepção tradicional de soberania, caracterizando a relativização desta e sua conseqüente reformulação conceitual nos tempos atuais, isto porque atribuiu aos indivíduos em geral a condição de sujeito de direitos na esfera internacional, não, mas apenas nos limites territoriais de seu país, mas frente a toda a comunidade internacional, de modo que aos Estados não cabe justificar a violação de direitos humanos sob o argumento de exercício absoluto de sua soberania.

No Estado Brasileiro a realidade não é diferente. A soberania do país encontra-se relativizada, ou seja, encontra limitações no seu exercício contemporâneo, isto, tanto no âmbito interno quanto no externo. Tal limitação decorre da própria Constituição Federal brasileira, que estabelece a prevalência dos direitos humanos nas suas

relações internacionais e eleva os direitos e garantias fundamentais a condição de cláusulas pétreas.

Espera-se que este estudo sirva de base para o desenvolvimento de outros também direcionados para a educação dos povos. Somente através de um debate aberto e livre, será possível alcançar um consenso verdadeiro sobre o tema e se alcançar através de pesquisas e propostas sérias e viáveis o bem estar da humanidade, por meio de efetiva proteção dos direitos humanos, que são direitos essenciais a existência digna dos seres humanos.

REFERÊNCIAS

A) REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando & SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento. **Manual de Direito Internacional Público**. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Teoria Geral do Estado**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 42. Ed. São Paulo: Editora Globo, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria Geral do Estado e Ciência Política**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 11. Ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. Ed. São Paulo: Almedina, 2003.

CICCO, Claudio de; GONZAGA, Alvaro de Azevedo. **Teoria geral do estado e Ciência Política**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. 1. Ed. Minas Gerais: Forum, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 3. Ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 22. Ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Enciclopédia Saraiva do Direito**. Ed. 1. Vol. 69. São Paulo: Saraiva, 1977.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de teoria geral do Estado e Ciência Política**. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

FLUMIAN, Renan. **Direito Internacional. Super Revisão**. Coordenação: Wander Garcia. 1. Ed. 2ª tiragem. Indaiatuba: Editora Foco, 2012.

GERSTER, Thomas Fleiner. **Teoria Geral do Estado**. Tradução: Marlene Holzhausen. Revisão técnica: Flávia Portella Puschel. 1. Ed. São Paulo: Editora Martins, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução: Luis Carlos Borges. 3. Ed. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Martins, 1999.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt**. 7. Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. Edição revisada e atualizada por Miguel Alfredo Malufe Neto. 26. Ed. 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Trad. Maria Júlia Goldwasser. 3. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 15. Ed. Revista e ampliada. I. Vol. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2004.

MENEZES, Anderson. **Teoria Geral do Estado**. 8. Ed. Revista e atualizada por José Lindoso. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NOGUEIRA, Maria Carolina de Assis. **Vade Mecum Jurídico. Direitos Humanos**. 1. Ed. Curitiba: Revista dos Tribunais, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 2. Ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. **Teoria do Estado e do Direito**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª ed., Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2006, p. 35 e 36.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria Geral do Estado: O substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o Direito Constitucional**. 1. Ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001.

SOLON, Ari Marcelo. Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão. Porto Alegre:

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS & José Luis Bolzan. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 4. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

B) REFERÊNCIAS VIRTUAIS

BOMTEMPO, Tiago Vieira. **A relativização da soberania em face à nova ordem internacional na pós-modernidade**. 2010. Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10149&revista_caderno=27. Acesso em: 20/08/2013.

CASTRO, Marcela Baudel. **A proteção dos direitos humanos no direito brasileiro**. 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/24138/a-protecao-aos-direitos-humanos-no-direito-brasileiro/1>. Acesso em: 26/07/2013.

COGO, Rodrigo. Estudos sobre processo de internacionalização dos Direitos Humanos. De Westfália às Nações Unidas. Artigo. Jus Navegandi, Teresina, n. 2923, 3. jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19427>>. Acesso em: 12 jul. 2013.

Declaração dos Direito do Povo e do Trabalhador Explorado (1918). Disponível em: <http://www.eselx.ipl.pt/ciencias-sociais/tratados/1918.htm>. Acesso em 13/09/2013.

JO, Hee Moon; SOBRINHO, Marcelo da Silva. **Soberania no direito internacional: evolução ou revolução?**. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 41, n.163, jul/set. 2004. Disponível em: < <http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/975/4/R163-01.pdf>>. Acesso em: 18/08/2013.

MARTINS, Thiago Penzin Alves. **A relativização do princípio da soberania no direito internacional.** 2009. Disponível em: http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2009/Discentes/A%20relativizacao%20do%20princípio%20da%20soberania%20no%20Direito%20Internacional.pdf. Acesso em: 20/08/2013.

MORAIS, Márcio Eduardo da Silva Pedrosa. **Do Estado absolutista ao Estado Democrático de Direito.** 2007. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/18831/sobre-a-evolucao-do-estado/2>. Acesso em: 22/06/2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos: dois fundamentos irreconciliáveis.** Revista de Informação Legislativa. nº 156. Dez/2002. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaITvJustica/portaITvJusticaNoticia/anexo/Artigo__Soberania_e_Direitos_Humanos__Valerio_Mazzuoli.pdf. Acesso em 04/09/2013.

Nações Unidas no Brasil. OnuBR. Disponível em: <http://www.onu.org.br/conheca-a-onu/>. Acesso em 10/09/2013.

NETO, Francisco José Vilas Boas. **A relativização do conceito de soberania.** Fonte Universitária. Vol. 2. n. 2, jan/jul.2011. Disponível em: http://www.jandrade.edu.br/fonte_universitaria/artigos/artigo_06.pdf. Acesso em: 25/11/2012.

PICCIRILLO, Miguel Belinati & SIQUEIRA, Dirceu Pereira. **Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho.** 2006. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?artigo_id=5414&n_link=revista_artigos_leitura. Acesso em: 14/09/2013.

Portal do Ministério da Justiça do Brasil. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/11cndh/site/pndh/sis_int/onu/convencoes/Convencoes,%20tratados%20e%20pactos%20ratificados%20pelo%20Brasil.pdf. Acesso em: 10/09/2013.

Portal Planalto: Legislação. Disponível em: <http://www2.planalto.gov.br/presidencia/legislacao>. Acesso em: 15/08/2013.

SÁ JÚNIOR, Fernando Antonio. **A Releitura do Estado de Direito Moderno: Estado de Exceção e a constituição da normalidade.** 2008. 109 pág. Tese de mestrado apresentada ao Centro Universitário “Eurípides de Marília” – UNIVEM – Programa de Mestrado em Direito. São Paulo. Marília. 2008. Disponível em: http://www.univem.edu.br/servico/aplicativos/mestrado_dir/dissertacoes/A_Releitura_do_Estado_de_Direito_Moderno_-_Estado_de_Exce%C3%A7%C3%A3o_1178_pt.pdf. Acesso em 15/08/2013.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O papel dos Direitos Humanos na valorização do direito coletivo do trabalho.** 2003. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/4609/o-papel-dos-direitos-humanos-na-valorizacao-do-direito-coletivo-do-trabalho>. Acesso em: 26/07/2013.

TAIAR, Rogério. **Direito Internacional dos Direitos Humanos: Uma discussão sobre a possível relativização da soberania face à efetivação da proteção internacional dos Direitos Humanos.** 2009. 321 pág. Tese de Doutorado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo/SP. Disponível: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-24112009-133818/pt-br.php>. Acesso em: 25/11/2012.

VIANNA, Regina Cecere. **A liga das nações e a ONU – Na busca da paz, do Direito, da Justiça e da Vida.** 2010. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8686. Acesso em 05/09/2013.

ANEXO

ANEXO 1

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948

Preâmbulo

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum,

Considerando essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão,

Considerando essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações,

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,

Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a desenvolver, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades,

Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso,

A Assembléia Geral proclama

A presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

Artigo I

Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

Artigo II

Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Artigo III

Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Artigo IV

Ninguém será mantido em escravidão ou servidão, a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas.

Artigo V

Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

Artigo VI

Toda pessoa tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecida como pessoa perante a lei.

Artigo VII

Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Artigo VIII

Toda pessoa tem direito a receber dos tributos nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

Artigo IX

Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado.

Artigo X

Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Artigo XI

1. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.
2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Tampouco será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

Artigo XII

Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

Artigo XIII

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado. 2. Toda pessoa tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar.

Artigo XIV

1. Toda pessoa, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países. 2. Este direito não pode ser invocado em caso de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos propósitos e princípios das Nações Unidas.

Artigo XV

1. Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade. 2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade.

Artigo XVI

1. Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer retrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução. 2. O casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes.

Artigo XVII

1. Toda pessoa tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros.
2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade.

Artigo XVIII

Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular.

Artigo XIX

Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

Artigo XX

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de reunião e associação pacíficas. 2. Ninguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação.

Artigo XXI

1. Toda pessoa tem o direito de tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos. 2. Toda pessoa tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país. 3. A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto.

Artigo XXII

Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

Artigo XXIII

1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego. 2. Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho. 3. Toda pessoa que trabalhe tem direito a uma remuneração justa e

satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social. 4. Toda pessoa tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses.

Artigo XXIV

Toda pessoa tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas.

Artigo XXV

1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle. 2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

Artigo XXVI

1. Toda pessoa tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito. 2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. 3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.

Artigo XXVII

1. Toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do processo científico e de seus benefícios. 2. Toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.

Artigo XVIII

Toda pessoa tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados.

Artigo XXIV

1. Toda pessoa tem deveres para com a comunidade, em que o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível. 2. No exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e

liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. 3. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos propósitos e princípios das Nações Unidas.

Artigo XXX

Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos.