

O ESAZIAMENTO DO CONCEITO TRADICIONAL DE SOBERANIA EM FACE DO SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

*EMPTYING THE TRADITIONAL CONCEPT OF SOVEREIGNTY REGARDING
THE INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS PROTECTION SYSTEM*

Paola Bianchi Wojciechowski¹

Ingrid Giachini Althaus²

SUMÁRIO: Introdução; 1 Soberania Anacrônica?; 2 A universalização dos direitos humanos e a consequente relativização do conceito tradicional de soberania; 3 A relativização do conceito tradicional de soberania como forma de legitimação e de conferir eficácia ao sistema normativo internacional de direitos humanos; Considerações Finais; Referências das fontes citadas

RESUMO

Após as Guerras Mundiais, iniciou-se, por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, um processo de reformulação dos direitos humanos, os quais despontaram com presunção de universalidade e indivisibilidade. Neste contexto, um dos principais entraves à efetivação dos direitos humanos no plano internacional é a defesa do conceito tradicional de soberania, que se apresenta como argumento utilizado por aqueles que questionam a legitimidade deste Sistema Internacional de proteção dos direitos humanos. Assim, com o desenvolvimento do presente artigo, e por meio do estudo da concepção tradicional de soberania e da internacionalização dos direitos humanos, pretende-se demonstrar a necessária revisão do conceito de soberania, a fim de se legitimar a atuação dos órgãos supranacionais que atuam em defesa dos direitos humanos e, com isso, garantir a mais ampla eficácia a estes direitos.

¹ Assessora de Promotor de Justiça no Estado do Paraná, atuando junto à Promotoria de Inquéritos Policiais de Curitiba/PR. Mestranda em Direito Econômico e Socioambiental pela Universidade Católica do Estado do Paraná – PUC/PR, sob orientação da Professora Doutora Flávia Piovesan. Especialista *Lato Sensu*, com área de concentração em Direito Penal pela Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná e Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Estado do Paraná. E-mail: pa.bianchi@hotmail.com.

² Advogada em Curitiba/PR, professora do curso de graduação da Faculdade Cenecista de Campo Largo – FACECLA, graduada pelo Centro de Ensino Superior de Campos Gerais, especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná e mestranda, bolsista CAPES, em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC/PR. E-mail: ingridalthaus@uol.com.br.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos; Sistema Internacional; Soberania.

ABSTRACT

After the World Wars, it has begun through the Human Rights Declaration of 1948, a process of reformulation of human rights, which have dawn with presumption of universality and indivisibility. In this context, the traditional concept of sovereignty represent a handicap to the human rights effectiveness, also presents itself as an argument for those who question the legitimacy of an International Protection System for the human rights. Thus, this article, through the study of the traditional conception of sovereignty and the internationalization of human rights, intend to demonstrate the necessity of to review the concept of sovereignty, seeking to legitimate the performance of supranational bodies which make the International System of Human Rights, and, so that, to guarantee the broadest effectiveness to these rights.

KEYWORDS: Human Rights; International System; Sovereignty.

INTRODUÇÃO

Após as barbáries vislumbradas na Segunda Guerra Mundial, com o terror promovido pelo Terceiro Reich, inicia-se um movimento de internacionalização dos direitos humanos. A Comunidade internacional assombrada com a morte de milhões de judeus, ciganos e poloneses, busca reestruturar paradigmas éticos e jurídicos de proteção da pessoa humana.

Ademais, com o final da Segunda Guerra, vem à luz um fenômeno que gerou ainda mais dificuldades e incertezas em relação à aplicação do Direito, notadamente dos direitos da pessoa humana: as *displaced persons* (apátridas). Estas aparecem no cenário internacional como pessoas desprovidas de nação e, portanto, desprovidas de um Estado que lhes assegurasse seus direitos.

Nesta conjuntura, em 10 de dezembro de 1948, foi aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos que dá ensejo a um processo de reformulação da ordem jurídica internacional como um todo e, em particular, do campo dos direitos humanos, os quais ressurgem com anseios de universalidade.

Todavia, esta pretensa universalização dá origem a um intenso debate acerca da aplicabilidade destes direitos no interior dos Estados soberanos, eis que os defensores da concepção tradicional de soberania suscitam dúvidas em relação à legitimidade do sistema normativo internacional de direitos humanos.

Assim, apoiados na soberania absoluta, indivisível, infinita e ilimitada, os Estados nacionais justificam violações aos direitos humanos, eximem-se de cumprir as determinações dos órgãos supranacionais e de agir em conformidade com o sistema internacional de direitos humanos.

Busca-se, portanto, demonstrar, por meio do estudo da concepção clássica de soberania e dos fenômenos históricos que ensejaram a sua transformação, o esvaziamento do conceito tradicional de soberania, não só perante o atual cenário de universalização dos direitos humanos, mas também, e principalmente, diante da constituição de uma sociedade globalizada, cuja rede interconectada de mercados, comunicação, transporte, informação e cultura, já tornou obsoleta esta noção.

Em suma, se o mercado e suas técnicas e regramentos hostis atuam de maneira transfronteiriça e, muitas vezes, por meio do ultraje aos direitos humanos, procura-se defender a necessidade de que o sistema normativo de direitos humanos fortaleça-se e se expanda universalmente, de modo a responder em igual tom às diversas ofensas que se vislumbram em uma sociedade globalizada.

1 SOBERANIA ANACRÔNICA?

O surgimento da concepção de soberania está atrelado ao nascimento do Estado Moderno e remonta à construção teórica realizada essencialmente por Jean Bodin, em 1576, com o desenvolvimento da obra *“Les Six Livres de la République”*. Nesta obra, Bodin define a República como “o justo governo de

muitas famílias, e do que lhes é comum, com poder soberano”³, de modo a inserir substancialmente a soberania na definição de República.⁴

Não obstante tenha sido Bodin o responsável por formular modernamente o conceito de soberania, ao romper com as fundamentações extra-políticas – baseadas em Deus, na razão ou na natureza – para o poder político, Nicolau Maquiavel possibilita o surgimento da discussão em torno da concepção de soberania, cuja origem em latim remonta à *suma potestas* (sumo poder ou poder supremo).⁵

A contribuição de Maquiavel para a formulação do conceito moderno de soberania diz respeito também à construção da teoria dos “dois corpos do rei” que “pretendia assegurar que o rei fosse soberano, distinguindo entre fraqueza, finitude e mortalidade de sua pessoa física, e força, perenidade e imortalidade de sua pessoa política.”⁶

A passagem da Idade Média para a Idade Moderna é marcada, portanto, pelos Tratados de Paz de Vestfália que consagraram o “reconhecimento oficial da ideia de uma sociedade internacional integrada por Estados iguais e soberanos.”⁷

Em sua gênese a soberania constituiu-se, portanto, como um poder absoluto e perpétuo, componente fundamental do Estado, cuja existência passa a depender desta noção. Norberto Bobbio explica em que consistiriam os dois atributos da soberania – absoluto e perpétuo – na perspectiva de Jean Bodin:

O significado de ‘perpetuidade’ é óbvio, embora não seja claro onde se possa traçar a linha de demarcação entre um poder perpétuo e outro não-perpétuo. Por ‘caráter absoluto’ se entende que o poder soberano deve ser ‘*legibus solutus*’. Quer dizer: não

³ Tradução livre. Texto original: “*República es un recto gobierno de varias familias, y de lo que les es común, con poder soberano*”. In: BODIN, Jean. **Los seis libros de la república**. Tradução de Pedro Bravo Gala. 3 ed. Madrid: Tecnos, 1997, p. 09.

⁴ Conforme os ensinamentos de Dalmo de Abreu DALLARI “a expressão ‘República’ equivale ao moderno significado de Estado”. (DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 77).

⁵ CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. 13. ed. São Paulo: Ática, 2008, p. 371.

⁶ CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. p. 371.

⁷ BOSON, Gerson de Brito Mello. **Direito internacional público: o Estado em direito das gentes**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 162.

deve precisar obedecer às leis, isto é, às leis positivas, promulgadas pelos seus predecessores e por ele próprio.⁸

O Estado Moderno absorve a concepção de soberania que passa a ser tratada pelos mais diversos filósofos e teóricos do Estado e do Direito. Thomas Hobbes, outro grande filósofo político da Idade Moderna, em consonância com a teoria desenvolvida por Bodin, defende, de maneira ainda menos flexível, o caráter absoluto e indivisível da soberania.⁹ No entanto, em Hobbes, a soberania torna-se impessoal, de modo que se transmuda em uma soberania estatal, materializada no *Leviatã*, conforme explicitado por Eduardo C. B. Bittar:

O Leviatã é o monstro legendário mencionado por Hobbes para ilustrar a figura artificial do Estado, criada pelo homem para substituir o estado de natureza, belicoso, em que se vivia antes de sua existência.

(...)

Assim, o contrato é fundado, iniciado, artificialmente pelos homens, mas com consenso de vontades, e é firmado de modo irreversível entre as pessoas e o soberano. E isso é feito por força da lei natural, racional, que manda que todos procurem a paz, e não a guerra.¹⁰

Já teóricos como John Locke e Jean-Jacques Rousseau transferem a titularidade da soberania para o povo. Conforme visto acima, sob a ótica hobbesiana, o poder soberano é absoluto, já em Locke, observa-se uma limitação ao poder soberano, na medida em que quando este se desvirtua, pode ser repreendido pela maioria, pelo povo, que atua principalmente por meio do Poder Legislativo. A este propósito, trata Yara Frateschi:

O que caracteriza uma monarquia absoluta é a concentração dos poderes e a insubmissão do monarca à lei civil. Tanto Hobbes quanto Filmer, por exemplo, entendiam que a superioridade do monarca em relação à lei é condição necessária para a manutenção do governo. Locke precisa alterar esse ponto e submeter o monarca à lei. Se para Hobbes só há segurança se o poder do governante for absoluto, para Locke não pode haver segurança alguma nessa situação e quando não há uma instância para a qual recorrer em caso de arbitrariedade, os homens devem

⁸ BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. Tradução de Sérgio Bath. 10. ed. Brasília: UNB, 1997, p. 96.

⁹ BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. p. 107.

¹⁰ BITTAR, Eduardo C.B. **Curso de filosofia política**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 164-165.

se julgar em estado de natureza em relação ao monarca (II, 94). Daqui decorre a justificação do direito de resistência: sempre que os detentores do poder político agirem contrariamente ao cargo a eles confiado, o povo resgata o direito de prover sua segurança (ii, 222). O monarca, enquanto representante (II, 151) do corpo político, pode agir somente pela vontade da sociedade que se manifesta nas leis civis, e quando ele passa a agir em conformidade com a sua vontade particular os seus súditos não lhe devem mais obediência já que ele não se comporta mais como seu representante.¹¹

Deste modo, Locke esboça a teoria do direito de resistência, sendo considerado por isso como o pai da doutrina política liberal, defendendo a ideia de que a função precípua do Estado é salvaguardar o direito dos cidadãos.

Estes teóricos que defendem a doutrina da soberania popular ancoram-se no princípio democrático, de maneira que, conforme sintetizado no pensamento de Rousseau, "se o Estado é composto por dez mil cidadãos, cada um terá a décima milésima parte da autoridade soberana."¹²

Desde a Revolução Francesa, em 1789, solidificou-se e prevaleceu a doutrina democrática segundo a qual a soberania é impessoal, sendo que a titularidade passou do indivíduo à Nação, o que resta evidenciado por meio da leitura do artigo 3º da Declaração dos Direitos do Homem de 1789: "o princípio de toda a soberania reside essencialmente na Nação e que nenhuma corporação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente."

Na atualidade, parece pacífico o entendimento de que a soberania pertence ao Estado¹³, bem como que perdeu o seu caráter absoluto, ilimitado, infinito, conforme se observa do conceito bosquejado por Jellinek, a saber: "capacidade do Estado a uma autovinculação e autodeterminação jurídica exclusiva."¹⁴

Miguel Reale insere um conteúdo moral no conceito ao afirmar que a soberania caracteriza-se pelo "poder de organizar-se juridicamente e de fazer valer dentro

¹¹ FRATESCHI, Yara. John Locke: Estado e Resistência. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto (org.). **Curso de Filosofia Política** – Do Nascimento da Filosofia a Kant. São Paulo: Atlas, 2008, p. 345.

¹² ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**. Princípios do direito político. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 52.

¹³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 82-83.

¹⁴ Apud, BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 125.

de seu território a universalidade de suas decisões, nos limites dos fins éticos de conveniência.”¹⁵

Esta conceituação abre margem a incluir nestes “fins éticos de conveniência”, por exemplo, o respeito à dignidade humana e aos direitos humanos reconhecidos internacionalmente.

Insta acentuar que a soberania divide-se, ainda, em soberania interna e externa. A soberania interna presta-se a justificar a atuação governamental no âmbito territorial interno de cada Estado. Já a soberania externa confunde-se com a independência de cada Estado, no campo do direito internacional, ou seja, garante a liberdade de atuação perante os demais membros da comunidade internacional.¹⁶

A este propósito Hildebrando Accioly detalha as competências estatais que representariam expressões da soberania interna e externa, da seguinte maneira:

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.¹⁷

A crise pela qual passa a soberania externa na contemporaneidade deve-se principalmente à dificuldade de harmonização deste conceito com a ordem internacional, na medida em que muitas vezes ostenta-se o conceito de soberania como forma de justificar ou defender os mais diversos ultrajes aos

¹⁵ REALE, Miguel. **Teoria do direito e do Estado**. 2. ed. São Paulo: Martins, 1960, p. 127.

¹⁶ ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 104.

¹⁷ ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**. p. 105.

ditames internacionais de direitos humanos. No outro extremo, há as intervenções dos órgãos supranacionais no ordenamento interno, em defesa dos direitos humanos, que também fragilizam o conceito de soberania dos Estados.

Embora a soberania, por meio do princípio da não-intervenção e da auto-determinação dos povos, tenha sido referendada nos mais diversos diplomas legais de direito internacional¹⁸, tal garantia entra em choque com a própria atuação dos órgãos supranacionais de direitos humanos. Por esta linha de pensamento guia-se Jürgen Habermas ao afirmar que: "O princípio da não-intromissão foi minado durante as últimas décadas, mormente pela política dos direitos humanos."¹⁹

Ao tratar do contexto brasileiro, por exemplo, no âmbito do direito internacional, o Brasil rege-se pelo princípio da prevalência dos direitos humanos, insculpido no artigo 4º, inciso II, da Constituição da República, de modo que ao reconhecer a prevalência dos direitos humanos, está, ao mesmo tempo, aceitando a imposição de limites e condicionamentos à soberania estatal.

Por outro lado, a noção de soberania é atacada também pelo mercado global. Na era da globalização, parece estranho querer-se afirmar de maneira tão veemente a soberania externa dos Estados frente às políticas de direitos humanos, quando as práticas internacionais e regramento do mercado global atingem de maneira indistinta, e muitas vezes destrutiva, todas as nações do globo, sem limitações espaciais. A este propósito Habermas assevera que:

¹⁸ A título exemplificativo podem-se citar os seguintes dispositivos legais: a) Artigo 2, alínea 7, da Carta da ONU: "Artigo 2. A Organização e seus Membros, para a realização dos propósitos mencionados no Artigo 1, agirão de acordo com os seguintes Princípios: 7. Nenhum dispositivo da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervir em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição de qualquer Estado ou obrigará os Membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta; este princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas constantes do Capítulo VII"; b) Artigo 19, da Carta da Organização dos Estados Americanos: "Artigo 19. Nenhum Estado ou grupo de Estados tem o direito de intervir, direta ou indiretamente, seja qual for o motivo, nos assuntos internos ou externos de qualquer outro. Este princípio exclui não somente a força armada, mas também qualquer outra forma de interferência ou de tendência atentatória à personalidade do Estado e dos elementos políticos, econômicos e culturais que o constituem"; c) Artigo 1º, alínea 1., do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: "Todos os povos têm o direito à autodeterminação. Em virtude deste direito estabelecem livremente a sua condição política e, desse modo, providenciam o seu desenvolvimento económico, social e cultural."

¹⁹ HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**: estudos de teoria política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, p. 168.

Agentes não-estatais como empresas transnacionais e bancos privados com influência internacional esvaziam a soberania dos Estados nacionais que eles mesmos acatam de um ponto de vista formal. [...] Mas mesmo os governos dos países economicamente mais fortes percebem hoje o abismo que se estabelece entre seu espaço de ação nacionalmente delimitado e os imperativos que não são sequer do comércio internacional, mas sim das condições de produção integradas em uma rede global.²⁰

A formação de blocos econômicos e políticos, de *per si*, acabam por gerar um esvaziamento do conceito tradicional de soberania, eis que se constituem entidades supranacionais das quais emanam regras e direitos vinculantes aos Estados. Assim, por exemplo, a União Européia, originada a partir da assinatura do Tratado de Maastricht, representa uma sofisticação do Estado Federal²¹ e, portanto, um desafio ao conceito tradicional de soberania.

Sem olvidar-se também dos riscos transfronteiriços, decorrentes dos avanços tecnológicos e científicos, principalmente na área da manipulação genética, energia nuclear, produção química, que desencadearam o que foi denominado por Ulrich Beck de “sociedade de riscos globais”²², que exigem, da mesma maneira, uma atenção do direito internacional e, assim, acabam também por minar a noção tradicional de soberania.

As normas cogentes do mercado global, somadas ao processo mundial de conexão de transporte, informação e cultura, fazem com que a ideia de soberania torne-se anacrônica. Ademais, esta união involuntária dos Estados-nação em torno de uma sociedade de risco global, suscita a necessidade de criação de órgãos políticos supranacionais eficazes.²³

Assim, conforme aventado por Habermas, avança um processo de “esvaziamento”²⁴ da soberania, que, por sua vez, exige uma profunda revisão

²⁰ HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**: estudos de teoria política. p. 195.

²¹ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito constitucional**. Tomo II. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 129.

²² BECK, Ulrich. **La Sociedad del riesgo global**. Traducción de Jesús Alborés Rey. Madrid: siglo veintiuno de españa editores. 2002, p. 29.

²³ BECK, Ulrich. **La Sociedad del riesgo global**. p. 195.

²⁴ HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**: estudos de teoria política. p. 123.

das estruturas supranacionais, as quais carecem de ampliação e reestruturação a fim de possibilitar que se realizem eficientes ações políticas universais.

Neste sentido, Luiz Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli afirmam a obsolescência dos Estados em lidar com os mais diversos problemas e desafios decorrentes do mundo globalizado. Sob a ótica dos autores, a nível nacional ou regional não há instrumentos, direito ou justiça, aptos a atuarem eficazmente, na medida em que as corporações atuam de maneira global.²⁵

Os autores em comento defendem o antagonismo da noção de soberania e de Estado de Direito, afirmando que no momento em que se solidifica o constitucionalismo não há possibilidade de coexistir a soberania, tendo em vista que esta se caracteriza pelo poder ilimitado e a ordem constitucional tem, precisamente, o papel de confinar o poder soberano (absoluto) do Estado.²⁶

A este respeito, Luiz Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli afirmam, ainda, que o conceito de soberania é próprio dos Estados absolutos (monárquicos) e não se coadunam com os Estados de direito, nos seguintes termos:

O Estado absoluto monárquico (que assume as características do Estado da Força, assim como do Estado de Polícia) foi um modelo de Estado arbitrário, ou seja, não submetido ao direito (tinha a *sua* lei, mas não era limitado por ela). Nessa época havia pertinência em falar em soberania (que é uma ideia incompatível com o direito). Na soberania não há limites. No direito, há sempre limites. O Estado ou é soberano ou está limitado pelo direito. Na atualidade, os Estados civilizados são Estados de Direito (não soberanos, no plano internacional).²⁷

Ainda no que concerne à imperiosa reformulação do conceito de soberania, Vicente de Paulo Barreto atenta para o fato de que diversos poderes normativos, antes monopólio do poder soberano, pulverizam-se e passam a ser exercidos por organizações não-governamentais regionais e supranacionais, cuja atuação transcende o Estado nacional. Nas palavras do autor em apreço:

²⁵ GOMES, Luiz; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito supraconstitucional:** do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 141.

²⁶ GOMES, Luiz; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito supraconstitucional:** do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito. p. 38.

²⁷ GOMES, Luiz; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito supraconstitucional:** do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito. p. 26.

Ocorre o movimento para baixo das responsabilidades do estado quando funções, antes restritas ao poder público, passam a ser compartilhadas ou exercidas por organizações não-governamentais, ou por grupos da sociedade civil. Esse movimento é constatado na crescente presença das organizações comunitárias, em diferentes quadrantes do planeta, que atuam junto e, acontece quando os poderes legais, até então exclusivos do poder soberano nacional, deslocam-se em direção às organizações que transcendem o estado nacional, que são as organizações regionais, transnacionais e globais. Este segundo tipo de desenvolvimento dos poderes legais do estado já se iniciou há algumas décadas, quando nasceram as primeiras organizações internacionais, constituídas por estados-membros, sendo que em algumas áreas da atividade política, econômicas, sociais e culturais, incluíram além de representações de governos, representantes de órgãos da sociedade civil, que se fazem ouvir de forma crescente no fórum internacional.²⁸

Conforme muito bem sintetizado por Hans Kelsen, para se definir a questão da soberania, na atualidade, impende questionar a respeito se há ou não sobreposição da ordem jurídica internacional em relação ao ordenamento interno, ou seja, "a questão de saber se o Estado é soberano ou não coincide com a questão de saber se o Direito internacional é ou não ordem superior ao Direito nacional."²⁹

2 A UNIVERSALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A CONSEQUENTE RELATIVIZAÇÃO DO CONCEITO TRADICIONAL DE SOBERANIA

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, com as barbáries verificadas nos regimes nazista e fascista, a aplicação estrita da lei, no âmbito restrito e soberano do Estado-nação, tornava-se antiquada frente aos dois principais desafios jurídicos suscitados à época: de que maneira julgar os vencidos pelos crimes cometidos durante a vigência dos regimes totalitários e que tratamento dispensar às chamadas *displaced persons* (apátridas) e minorias marginalizadas pelos ordenamentos jurídicos.

²⁸ BARRETTO, Vicente de Paulo. **O Fetiche dos Direitos Humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010, p. 225.

²⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 544.

Os crimes atrozes cometidos durante o Terceiro Reich fomentaram a discussão a respeito da legitimidade do poder soberano instituidor de um determinado ordenamento jurídico, na medida em que muitos oficiais nazistas em suas defesas perante o Tribunal de Nuremberg ampararam-se na argumentação central de que os atos por eles cometidos estavam em plena conformidade com o ordenamento jurídico vigente à época. Desta maneira, buscando a absolvição de seus crimes invocavam o eixo central do positivismo jurídico.³⁰

Hannah Arendt, como correspondente da revista *The New York Times*, assistiu, perante a Casa da Justiça de Jerusalém, a um caso paradigmático: o julgamento de Otto Adolf Eichmann, responsável diretamente pela deportação de milhões de judeus aos campos de extermínio nazista. A consonância de seus atos com o ordenamento jurídico alemão, em vigor no regime nacional-socialista, constituiu a pedra angular da defesa de Eichmann.³¹

Portanto, a aplicação da lei em seus estritos termos – postura positivista – passou a ser enxergada com desconfiança. Ademais, vislumbra-se que estes Tribunais de exceção – Nuremberg e a Corte de Jerusalém – só poderiam ser legitimados recorrendo-se a um direito externo ao ordenamento jurídico alemão, de modo que as violações ocorridas no interior do Estado-nação passavam a ser julgadas no âmbito internacional e, assim, a concepção de soberania foi colocada em xeque.

Desta maneira, tais julgamentos geraram uma revisão natural e inevitável dos direitos humanos, os quais não mais poderiam ser considerados nos estritos limites dos Estados-nacionais, mas passavam a ser pensados em um âmbito global.

³⁰ O positivismo jurídico, oposto a qualquer teoria do direito natural, associado ao positivismo filosófico, negador de qualquer filosofia de valores, foi a ideologia democrática dominante no Ocidente até fim da Segunda Guerra Mundial. Elimina do direito qualquer referência à ideia de justiça e, da filosofia, qualquer referência a valores, procurando modelar tanto o direito como a filosofia pelas ciências, consideradas objetivas e impessoais e das quais compete eliminar tudo o que é subjetivo, portanto arbitrário” (PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**: nova retórica. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 91).

³¹ ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. 5. ed. reimp. Tradução de José Rubens Siqueira, São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

Outro fenômeno que exerceu influência decisiva no processo de reformulação dos direitos humanos encetado no pós-guerra foi a questão das *displaced persons* (apátridas). As guerras civis do século XX foram marcadas pelas migrações irregulares de grupos humanos unidos de maneira comprimida e oprimida que, vendo-se obrigados a migrar de seus países de origem e sem a possibilidade de serem absorvidos por outros Estados-nação, encontravam-se também desprovidos de qualquer amparo legal, eram o “refugo da Terra.”³²

Na perspectiva de Hannah Arendt, a questão do “direito a ter direitos” e de “pertencer a algum tipo de comunidade organizada”, só nasceu efetivamente “quando surgiram milhões de pessoas que haviam perdido esses direitos e não podiam recuperá-los devido à nova situação política global”.³³ A respeito do papel exercido pelo pensamento arendtiano, bem como pelo conceito de hospitalidade universal de Kant³⁴, na construção de uma teoria dos direitos humanos que transcendesse os limites da soberania Estatal trata Celso Lafer:

A experiência histórica dos *displaced people* levou Hannah Arendt a concluir que a cidadania é o direito a ter direitos, pois a igualdade em dignidade e direito dos seres humanos não é um dado. É um construído da convivência coletiva, requer o acesso a um espaço público comum. Em resumo, é esse acesso ao espaço público – o direito de pertencer a uma comunidade política – que permite a construção de um mundo comum através da asserção dos direitos humanos.

A construção de um mundo comum, baseado no direito de todo ser humano à hospitalidade universal (Kant) e contestado na prática pelos refugiados, pelos apátridas, pelos deslocados, pelos campos de concentração, só começaria a ser tornada viável – como aponta inicialmente Hannah Arendt em *The rights of men. What are they?* (1949) e desenvolve depois em *The origins of totalitarianism* – se o direito a ter direitos tivesse uma tutela internacional, homologadora do ponto de vida da humanidade. (...) Em síntese, para usar uma linguagem contemporânea, à medida em que o direito a ter direitos se convertesse num tema global, de

³² ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 300.

³³ ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. p. 300.

³⁴ Em 1795, Kant publica “A Paz Perpétua”, obra em que enfoca a necessidade de organização internacional dos Estados – em uma Liga Internacional de Estados – para que a paz fosse assegurada de maneira universal, ou seja, ressaltou a necessidade de regulação das relações entre os Estados, bem como entre os cidadãos de um Estado e os cidadãos de outro Estado. O autor esboça, portanto, um conceito de cidadania universal que implicaria em uma hospitalidade universal, eis que como cidadãos do mundo, as pessoas teriam direito a transitar pelos países, sem distinções de tratamento, direitos, proibições, etc. (KANT, Immanuel. **A paz perpétua**. Porto Alegre: L&PM, 2008, p. 36-41).

governança da ordem mundial, a transcender as soberanias, *ex vi* da inserção operativa de uma razão abrangente da humanidade.³⁵

Assim, a ruptura com os direitos básicos dos seres humanos observada nos regimes nazista e fascista serviu de mola propulsora ao processo de reconstrução dos Direitos Humanos, despontando a consciência da necessidade de criação de meios supra-estatais de proteção dos direitos humanos em âmbito internacional, a fim de que as violações vislumbradas durante a Primeira e Segunda Guerra Mundial não se repetissem.

Outro fenômeno que contribuiu para o início da consolidação dos direitos humanos sob uma perspectiva internacional foi o fim da Guerra Fria, conforme aponta Flávia Piovesan:

O fim da Guerra Fria, no contexto internacional, contribui consideravelmente para este processo. A partir dele, os direitos humanos passaram a ser concebidos como tema global. Isto porque, em face das peculiaridades de tais direitos, no mundo de confrontações ideológicas entre comunismo e capitalismo, era mais fácil esconder as violações de direitos internacionalmente detectadas, sob o argumento de que as denúncias tinham por finalidade deteriorar a imagem positiva que cada bloco oferecia de si mesmo, e assim, proporcionar vantagens políticas ao lado do adversário.

(...)

Vale dizer, se o fim da Segunda Guerra Mundial significou a primeira revolução no processo de internacionalização dos direitos humanos, impulsionando na criação de órgãos de monitoramento internacional, bem como a elaboração de tratados de proteção dos direitos humanos – que compõem os sistemas global e regional de proteção –, o fim da Guerra Fria significou a segunda revolução no processo de internacionalização dos direitos humanos, a partir da consolidação e reafirmação dos direitos humanos como tema global.³⁶

Nesta conjuntura de busca de restauração de parâmetros mínimos de proteção da pessoa humana na ordem jurídica internacional, é aprovada, em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Sob a ótica de

³⁵ LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt. **Estudos avançados**, São Paulo, v. 11, n.30, p. 55-65, 1997, p. 58.

³⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 277-278.

Flávia Piovesan, ela inseriu no ordenamento internacional a compreensão coeva destes direitos, distinta por suas pretensões de universalidade e indivisibilidade:

Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a dignidade e titularidade de direitos. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem assim uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada.³⁷

Constitui-se o sistema normativo internacional de proteção dos direitos humanos formado por um amplo leque de tratados, leis e pactos internacionais que visam ampliar o âmbito de alcance dos direitos da pessoa humana e, a partir daí, os direitos humanos organizam-se, então, como um limite ao poder soberano estatal. Neste sentido é o conceito de direitos humanos bosquejado por Fernando Barcellos de Almeida:

Direitos Humanos são as ressalvas e restrições ao poder político ou as imposições a este, expressas em declarações, dispositivos legais e mecanismos privados e públicos destinados a fazer respeitar e concretizar as condições de vida que possibilitem a todo ser humano manter e desenvolver suas qualidades peculiares de inteligência, dignidade e consciência, e permitir a satisfação de suas necessidades materiais e espirituais.³⁸

Norberto Bobbio aponta que tal processo de internacionalização dos direitos, o qual denomina de direito cosmopolita, demonstra-se imprescindível para a busca da “paz perpétua” e da “cidadania universal” referidas por Kant, nos seguintes termos:

Naquele luminoso opúsculo que é A paz perpétua, Kant traça as linhas de um direito que vai além do direito público interno e do direito público externo, chamando-o de “direito cosmopolita”. É o direito do futuro, que deveria regular não mais o direito entre Estados e súditos, não mais aquela entre os Estados particulares, mas o direito entre os cidadãos dos diversos Estados entre si, um direito que, para Kant, não é uma “representação fantástica de mentes exaltadas”, mas uma das condições necessárias para a busca da paz perpétua, numa época da história em que a “a

³⁷ GOMES, Luiz; PIOVESAN, Flavia (coords) et al. **O Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 18.

³⁸ ALMEIDA, Fernando Barcellos de. **Teoria geral dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1996, p. 24.

violação do direito ocorrida num ponto da Terra é percebida em todos os outros pontos.³⁹

Doravante, imprescindível, portanto, realizar-se uma re-conceituação da soberania a fim de que os direitos humanos deixem de representar uma quimera social, para adquirirem eficácia plena no plano internacional.

3 A RELATIVIZAÇÃO DO CONCEITO TRADICIONAL DE SOBERANIA COMO FORMA DE LEGITIMAÇÃO E DE CONFERIR EFICÁCIA AO SISTEMA NORMATIVO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS

Conforme esboçado em item precedente, a noção tradicional de soberania tornou-se obsoleta perante a universalização dos direitos humanos iniciada com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Além disso, a globalização, em geral, e o mercado global, em particular, com suas práticas e regulamentos transfronteiriços, acabaram por minar em definitivo o conceito de soberania absoluta.

Desta forma, se o mercado, suas práticas e regulamentos, adquirem caráter supranacional, a política de direitos humanos deve também evoluir neste sentido, sob pena de perder sua legitimidade (e eficácia) para repreender as práticas infamantes do mercado capitalista e graves ultrajes aos direitos humanos que se observam na sociedade globalizada.

Neste sentido, Alberto Luis Zuppi aponta que somente é possível justificar e legitimar a atuação dos órgãos jurisdicionais internacionais, caso se consolide o entendimento de que na atualidade a soberania flexibilizou-se de modo a transferir alguns de seus aspectos à esfera do comum. Nas palavras do autor em apreço:

[...] si la soberanía es concebida como absoluta y monolítica, será inadmisible conceder cualquier tipo de ingerencia a un poder foráneo que pueda resquebrajarla. Si en cambio, se comprueba que la soberanía a lo largo de la última mitad del siglo se fue erosionando a favor de una globalización del poder, y si se acepta

³⁹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 117.

que algunos aspectos antes reservados exclusivamente al soberano han pasado al dominio común, universal, entonces la competencia universal invocada por una jurisdicción foránea se explicará con nitidez en un mundo profundamente entrelazado como es el actual.⁴⁰

De acordo com o pensamento defendido por Habermas, a fragilidade ou o “ponto vulnerável” do sistema normativo internacional de defesa dos direitos humanos reside, precisamente, na ausência de um poder executivo que confira eficácia a estes direitos ainda que a contragosto dos Estados nacionais, ou seja, por meio de intervenções no poder soberano, caso se faça imprescindível.⁴¹

Sendo assim, na medida em que os direitos humanos devem, nestas situações, sobrepor-se aos governos dos Estados, faz-se indispensável à revisão da proibição de intervenções albergadas pelo próprio direito internacional.

Vislumbra-se, portanto, que a relativização do conceito de soberania acaba por legitimar a atuação dos organismos supranacionais de direitos humanos, os quais podem e devem atuar além das fronteiras, de maneira a conferir eficácia universal às políticas de direitos humanos.

Vicente de Paulo Barreto sustenta a constituição de um direito cosmopolítico que se materialize por meio dos direitos humanos, formando-se, desta maneira, um ordenamento jurídico supranacional.⁴²

Conforme entendimento defendido pelo autor, este fenômeno de constituição de uma democracia cosmopolita, cujo centro jurídico é o sistema dos direitos humanos, pode ser observado em “dois níveis político-institucionais”. No primeiro nível, pela aquiescência aos direitos humanos até mesmo por Estados que não cumpram os acordos assinados. No segundo nível, perante o aparelhamento da sociedade civil em organismos não-estatais, os quais atuam eficazmente na proteção dos direitos humanos, por meio da formulação de políticas públicas.⁴³

⁴⁰ ZUPPI, Alberto Luis. **La jurisdicción extraterritorial y la Corte Penal Internacional**. Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Série II, nº 28, 2001, p. 02.

⁴¹ HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro: estudos de teoria política**. p. 205.

⁴² BARRETO, Vicente de Paulo. **O Fetiche dos Direitos Humanos e outros temas**. p. 231.

⁴³ BARRETO, Vicente de Paulo. **O Fetiche dos Direitos Humanos e outros temas**. p. 231.

Nesta conjuntura, o autor afirma que os direitos humanos podem ser considerados um “regime jurídico supranacional.”⁴⁴

Conforme entendimento defendido por Edgar Morin e Anne Brigitte Kern, o caráter absoluto das soberanias, a recusa dos Estados em conferir eficácia às decisões proferidas em instâncias superiores, o aspecto conflituoso de relação entre Estados e a insuficiência de atuação de uma instância supra-nacional (ONU), geraram uma situação de “balcanização generalizada”, ou seja, de fracionamento entre os Estados-nações, quando é justamente o oposto que se faz necessário.⁴⁵

Em resumo, o conceito e ideia de soberania não podem ser entendidos de maneira estanque e absoluta, manejados como um dogma, mas sim devem ser relativizados de modo a endossar e legitimar a atuação dos órgãos supranacionais de proteção dos direitos humanos, possibilitando que, caso haja violação a estes direitos, o sistema internacional de direitos humanos possa sobrelevar-se sobre o ordenamento jurídico interno.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme analisado, no período pós-guerras, teve gênese um fenômeno de internacionalização dos direitos humanos, consolidado com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que esboça a concepção hodierna destes direitos, os quais passam a ser caracterizados por sua indivisibilidade e universalidade.

A pretensão de universalidade dos direitos humanos é impulsionada pelo temor de que as atrocidades vislumbradas durante os regimes nazista e fascista se repetissem, eis que a lei estritamente considerada, nos limites dos Estados-nação, havia fracassado para conter tais ultrajes, bem como se demonstrava insuficiente para responder às demandas do pós-guerra, notadamente à

⁴⁴ BARRETO, Vicente de Paulo. **O Fetiche dos Direitos Humanos e outros temas**. p. 231.

⁴⁵ MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. **Terra-Pátria**. Porto Alegre: Sulina, 2003, p. 65-98.

necessidade de punir os crimes cometidos durante o Terceiro Reich e à situação jurídica e política dos apátridas (*displaced persons*).

A partir daí, com o avanço da modernidade e a consolidação de uma sociedade pluralística, entra em crise a noção tradicional de soberania, a qual passa a, muitas vezes, chocar-se frontalmente com a política de direitos humanos. Muitos Estados nacionais, sob a égide deste conceito, praticam os mais diversos ultrajes aos direitos humanos, aos compromissos assumidos internacionalmente e se eximem de cumprir as determinações dos órgãos supranacionais de proteção dos direitos humanos.

A obsolescência e esvaziamento do conceito de soberania, além de decorrerem deste choque com o sistema jurídico internacional de proteção dos direitos humanos, devem-se também à globalização. A este propósito, buscou-se demonstrar que, se o mercado e a sociedade tendem a se organizar de maneira global, da mesma maneira, a política, as instituições, órgãos e jurisdição de direitos humanos devem evoluir neste sentido, sob pena destes mesmos direitos tornarem-se antiquados e ineficazes.

A política de direitos humanos não pode recuar frente ao mais singelo argumento de soberania Estatal. Isso não significa a extinção do conceito de soberania ou ultraje ao princípio da não-intervenção disposto nos próprios instrumentos normativos internacionais, mas apenas comporta a afirmação de que a soberania encontra-se limitada, hodiernamente, pelo sistema normativo internacional de direitos humanos.

À guisa de conclusão, afirma-se que a relativização do conceito de soberania faz-se necessária para se legitimar a atuação dos órgãos supranacionais, bem como a própria existência do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, eis que evita que os Estados nacionais permaneçam alicerçando-se em um conceito estaque e anacrônico para justificar as mais diversas violações aos direitos humanos.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALMEIDA, Fernando Barcellos de. **Teoria geral dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1996.

ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

_____. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. 5. ed. reimp. Tradução de José Rubens Siqueira, São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

BARRETTO, Vicente de Paulo. **O Fetiche dos Direitos Humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010.

BECK, Ulrich. **La Sociedad del riesgo global**. Traducción de Jesús Alborés Rey. Madrid: siglo veintiuno de españa editores. 2002.

BITTTAR, Eduardo C.B. **Curso de filosofia política**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. Tradução de Sérgio Bath. 10. ed. Brasília: UNB, 1997.

_____. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BODIN, Jean. **Los seis libros de la república**. Tradução de Pedro Bravo Gala. 3 ed. Madrid: Tecnos, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BOSON, Gerson de Brito Mello. **Direito internacional público: o Estado em direito das gentes**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

- CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. 13. ed. São Paulo: Ática, 2008.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- FRATESCHI, Yara. John Locke: Estado e Resistência. *In*: MACEDO JR., Ronaldo Porto (org.). **Curso de Filosofia Política – Do Nascimento da Filosofia a Kant**. São Paulo: Atlas, 2008.
- GOMES, Luiz; PIOVESAN, Flavia (coords) et al. **O Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito supraconstitucional: do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro: estudos de teoria política**. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.
- KANT, Immanuel. **À paz perpétua**. Porto Alegre: L&PM, 2008.
- KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt. **Estudos avançados**, São Paulo, v. 11, n.30, p. 55-65, 1997.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito constitucional**. Tomo II. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. **Terra-Pátria**. Porto Alegre: Sulina, 2003.
- PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica**. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- REALE, Miguel. **Teoria do direito e do Estado**. 2. ed. São Paulo: Martins, 1960.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**. Princípios do direito político. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZUPPI, Alberto Luis. **La jurisdicción extraterritorial y la Corte Penal Internacional**. Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Série II, nº 28, 2001.