

**ÁLISSEN JOSÉ MAIA MELO**

**O GENOCÍDIO COMO EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA  
NÃO-INTERVENÇÃO INTERNACIONAL**

**Monografia submetida à Faculdade de  
Direito da Universidade Federal do Ceará,  
como requisito parcial para obtenção do  
grau de Bacharel em Direito.**

**Orientador: Prof. Livre Docente Raimundo  
Bezerra Falcão**

**Fortaleza, 2007**

## AGRADECIMENTOS

A todas as pessoas, entre elas pais, irmãos, companheira, amigos, colegas, mestres, parceiros e chefes de estágios, e principalmente a Deus, que, direta ou indiretamente, contribuíram para a minha formação como ser humano e como estudioso do Direito.

El derecho internacional tiene como el derecho privado cierta forma secreta de equidad interior, que restablece la justicia no obstante las soluciones transitoriamente equivocadas, tal como si una ley de vasos comunicantes realizara el derecho, a pesar de las temporales iniquidades.

Es esta, justamente, la ley que olvidan los grandes usurpadores de fronteras. Es la sencilla pero dramática ley que limitó en el tiempo los imperios de Alejandro, de Carlos V y de Napoleón.

Los soldados conquistan y ocupan, pero no gobiernan. Mueren los hombres y sus imperios saltan a pedazos. Y esto no sucede porque se los repartan sus generales, porque sea derrotada la Armada Invencible, o porque sean fugaces y efímeros los últimos cien días.

Es que la conquista por la violencia infringe una ley más poderosa que la fuerza. Existe un místico desposorio de los pueblos con la tierra y los conquistadores que quieren quebrantar esa unión, olvidan la más elemental de las leyes políticas: esta de que un secreto equilibrio de vasos comunicantes restituye siempre a los pueblos, a la corta o a la larga, al cumplimiento de su propia misión.

Eduardo Juan Couture

## RESUMO

Analisa-se se é possível uma nação intervir em outra, sem a autorização do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, e em que situações poderia isso ocorrer. Para tanto, é feito um estudo, de um lado, acerca dos direitos humanos, sua evolução e seu sistema internacional de proteção, e, de outro, em relação à noção de soberania, sua evolução e suas limitações. Com base na evolução desses dois institutos, no âmbito internacional, os princípios da autodeterminação e da não-intervenção são revisados, para se verificar a possibilidade de intervenção somente em casos de violações a direitos humanos com grande risco de prejuízos, nomeadamente em relação aos crimes contra a humanidade. Ao final, a partir de uma perspectiva cultural do Direito, com a noção de humanidade como diversidade e de participação democrática como poder soberano, percebe-se que a possibilidade de intervenção vai aplicar-se aos direitos das minorias étnico-culturais em caso de genocídio, como uma possível exceção ao princípio da não-intervenção.

Palavras-Chave: Direitos Humanos. Soberania. Intervenção. Autodeterminação. Minorias Culturais.

## ABSTRACT

It analyses whether it is possible for a nation to intervene in another, without the United Nations' Security Council's authorization, and in which situations this could happen. In order to do so, a study is developed, in one hand, concerning human rights, their evolution and their international protection system, and, in the other, about the concept of sovereignty, its development and its limitations. Based on the evolution of these two institutes, in the international context, the principles of self-determination and non-intervention are reviewed, in order to verify the possibility of intervention only in cases of human rights' violations with a great risk of damages, namely regarding crimes against humanity. In the end, by a cultural perspective of Law, with the notion of humanity as diversity and democratic participation as sovereign power, it realizes that the possibility of intervention would be applied only to the rights of ethnic and cultural minorities in case of genocide, as a possible exception to the principle of non-intervention.

**Keywords:** Human Rights. Sovereignty. Intervention. Self-Determination. Cultural Minorities.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>2 DIREITOS HUMANOS .....</b>	<b>8</b>
2.1 Noções gerais sobre Direito e Cultura .....	8
2.2 Direito Natural: o prenúncio dos Direitos Humanos.....	12
2.3 O advento dos Direitos Humanos .....	15
2.4 A autonomia dos Direitos Humanos: internacionalização.....	20
2.5 Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos .....	26
<b>3 SOBERANIA.....</b>	<b>31</b>
3.1 Noções gerais sobre Sociedade e Legitimidade .....	31
3.2 Histórico das teorias da Soberania.....	34
3.3 Limitações à Soberania .....	42
3.4 Manutenção da Soberania nos Estados .....	45
<b>4 A VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS COMO JUSTIFICATIVA PARA CONFLITOS ENTRE NAÇÕES .....</b>	<b>51</b>
4.1 Delimitação do tema .....	51
4.2 Autodeterminação dos Povos.....	53
4.3 Intervenção.....	57
4.3.1 Intervenção Humanitária .....	59
4.4 Democracia e Minorias Culturais .....	62
4.4.1 Minorias Culturais .....	65
4.4.2 Direitos Humanos e Multiculturalismo: proteção das minorias .....	67
4.4.3 A questão territorial.....	72
4.5 A repressão ao Genocídio como possível exceção ao princípio da Não-Intervenção..	75
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>81</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>83</b>

# 1 INTRODUÇÃO

No início do século XXI, o mundo assistiu, já em menos de dez anos, a duas intervenções praticadas pelos Estados Unidos da América em dois países, o Afeganistão e o Iraque, com a morte de muitos civis. Mas o Direito Internacional proíbe a intervenção, tendo como princípio norteador o da não-intervenção. Diz-se que violou a soberania desses Estados em fazendo essas intervenções. No mesmo sentido, noutras oportunidades, alguns poucos países praticaram tais intervenções, mesmo quando a Organização das Nações Unidas, em tratados e convenções, proibiam a intervenção.

O direito ou princípio internacional à não-intervenção, de forma absoluta, nunca chegou a ganhar eficácia desde que foi criado. Assim, não pode ser mais considerado dessa forma (absoluta) pelo direito internacional. É preciso que se faça uma interpretação não-absoluta e razoável desse princípio.

O sistema de proteção internacional dos direitos humanos pode ser uma saída para a possibilidade de intervenção, como ocorre em poucas situações. No entanto, há certos casos em que, dadas a urgência e a relevância, a burocracia e a ineficiência da Organização das Nações Unidas prejudicam o direito à vida de diversos indivíduos.

Com essa perspectiva, e também numa perspectiva cultural do Direito, e da proteção da cultura enquanto diversidade e, em última instância, humanidade, a presente monografia tem como objetivo apontar se é possível que um Estado intervenha em outro sem a autorização do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Para tanto, o primeiro passo a ser dado é tomar-se a situação atual em que se encontram os direitos humanos (seção 2) e a soberania dos Estados (seção 3), pontos-chave de maior importância para a questão. Em seguida, cabe analisar os princípios não menos importantes da autodeterminação dos povos (seção 4.2) e da não-intervenção (seção 4.3), analisados sob a perspectiva de desdobramentos daqueles outros dois.

O sistema democrático também deverá ser analisado, para que se tenha como referência o problema das minorias (seção 4.4). Ao final, pretende-se chegar à afirmação de que é possível a intervenção de Estados sem a autorização do Conselho de Segurança das Nações Unidas, desde que o ato praticado pelo Estado seja de bastante gravidade para a humanidade e tome grandes proporções. Nesse perfil, o único ato que se poderia enquadrar seria quando o Estado pratica atos de genocídio.

## 2 DIREITOS HUMANOS

Concordamos com Norberto Bobbio<sup>1</sup>, ao apontar, como uma dificuldade teórica, “que ‘direitos do homem’ é uma expressão muito vaga. [...] A maioria das definições são tautológicas: ‘Direitos do homem são os que cabem ao homem enquanto homem.’ Ou nos dizem algo apenas sobre o estatuto desejado ou proposto para esses direitos”. Todavia, para que não se deixe de fazê-lo, pode-se trazer uma definição simples dos direitos humanos como “aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, pela dignidade que a ela é inerente. São direitos que não resultam de uma concessão da sociedade política. Pelo contrário, são direitos que a sociedade política tem o dever de consagrar e garantir”<sup>2</sup>.

Os direitos humanos, em sua concepção contemporânea, possuem como características<sup>3</sup> a racionalidade (ou intelectualidade), em decorrência da evolução teórica do Direito Natural; a universalidade (ou mundialidade), ao qual se contrapõe o relativismo cultural; a historicidade, e, por conseguinte, a variabilidade do conteúdo, afastando-se qualquer concepção de absoluto; inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade; heterogeneidade, por se encontrarem direitos de dimensões diversas, como direitos individuais e políticos de um lado, direitos sociais, econômicos e culturais de outro, e direitos difusos num outro ponto, que acarreta uma difícil tarefa de compatibilização entre eles; e unidade, porque esses direitos heterogêneos devem ser aplicados em conjunto, sob pena de esvaziamento do seu conteúdo, já que não se alcançará a dignidade humana em sua plenitude.

Contudo, certa minudência é necessária no estudo dos direitos humanos, para que se tenha uma correta ou aproximada idéia do que representam e como são protegidos.

### 2.1 Noções gerais sobre Direito e Cultura<sup>4</sup>

O ser humano possui um diferencial em relação aos demais seres vivos, e esse diferencial consiste precisamente em ter a capacidade, mediante atos de vontade conscientes,

---

<sup>1</sup> **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 37.

<sup>2</sup> HERKENHOFF, João Baptista. **Curso de direitos humanos: gênese dos direitos humanos**. São Paulo: Acadêmica, 1994, v. 1, p. 30-31.

<sup>3</sup> As características foram tomadas com base em ARAÚJO FILHO, Aldy Mello de. **A evolução dos direitos humanos: avanços e perspectivas**. São Luís: EDUFMA; AAUFMA, 1997, p. 45; BOBBIO, Norberto. Op. cit, p. 38 e ss.; SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 180-182.

<sup>4</sup> Sobre o tema, cf. CUNHA, Fernando Whitaker da. **Democracia e cultura: a teoria do estado e os pressupostos da ação política**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 403 e ss.; REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 175 e ss.

por via de regra aliados a necessidades, de alterar os bens naturais, matéria bruta resultado de eventos geológicos e climáticos, para atender a tais necessidades. Mas não se pode equiparar essa capacidade de mudanças na natureza com aquela feita por formigas ou abelhas (no caso de formigueiro ou colméia), tendo em vista que, nesses casos, tais alterações são totalmente inconscientes; vale dizer, independentemente de onde estejam, ou o que estejam enfrentando, estes animais (bem como os demais), vão reagir da mesma maneira, construindo, natural e inconscientemente, seu formigueiro ou sua colméia. Em outras palavras, apenas o ser humano possui a capacidade de inovar na natureza e através dela.

A essa capacidade de alteração consciente da natureza dá-se o nome de arte, no significado eminentemente aristotélico. O indivíduo que, com vistas a essa arte, faz de um pedaço de árvore um violino transforma um bem natural em cultural, imprimindo nele utilidade e finalidade próprias, diversas daquelas decorrentes do bem em seu estado natural, de acordo com o seu interesse (no caso, o de fazer um instrumento de música).

Pode-se, assim, aperceber que houve manifestação cultural quando o primeiro primata pegou uma pedra e mediante métodos mecânicos transformou-a em pedra lascada, a fim de se defender dos animais selvagens, ou para melhorar a caça (valor vida). Observando essa situação, verifica-se que os bens culturais construídos através da alteração do dado possuem intrínseca relação com a evolução da espécie humana, uma vez que sobreviveram aquelas espécies que melhor se adaptaram ao meio natural adverso (v.g., a feitura de casacos de pele de animais para melhor suportar as baixas temperaturas de um inverno rigoroso).

Dessa forma, é possível concluir que a Cultura, na acepção filosófica, compõe a natureza do ser humano, sendo esse seu elemento especial. Em verdade, e aqui concordamos com Miguel Reale, não se pode dizer que a Cultura representa a mesma coisa que o espírito humano (no significado literal de representação), mas o espírito humano é o referencial, a base fundamental para a produção cultural (daí porque, no período medieval falava-se em *cultura animi* – “cultura da alma”). Todavia, sem prejuízo da diferenciação, diante dos bens culturais deixados por sociedades antigas, a Antropologia permite que se possa compreender a Cultura de uma sociedade (seus costumes, sua culinária, suas regras de conduta etc.), sem que isso implique que se possa apreender o espírito humano daquela sociedade a partir desses objetos (cuja noção será sempre parcial).

Além disso, a Cultura, como experiência, tem como finalidade o aprimoramento e engrandecimento do próprio espírito humano, possuindo um efeito de *feedback*, num segundo momento do fenômeno cultural. As artes, que são componentes culturais, são comumente

repassadas de geração a geração (essencialidade da comunicação vocal ou corpórea), mas sempre em contínua evolução e superação de conceitos (numa espiral compreensiva do tipo diltheyano). A Cultura é, portanto, o conjunto das artes, idéias e manifestações do homem enquanto homem, e “representa um patrimônio de bens que uma geração recebe de outra com o dever de transferi-lo mais alto à seguinte”<sup>5</sup>. É sob esse aspecto que se apresenta o caractere da historicidade da Cultura: a cada momento histórico é possível vislumbrar-se a realidade sócio-cultural de uma comunidade, e um momento histórico nunca será igual a outro, tendo em vista o evolucionismo cultural<sup>6</sup>.

Logo, a coesão social decorre também da Cultura, que tem o condão de unir as pessoas que se identificam ou que participam das mesmas manifestações, artes e crenças. Malinowski<sup>7</sup> aponta que a Cultura tem como função precípua “a organização de agrupamentos humanos permanentes e ela reflete ‘um todo global consistente de implementos e bens de consumo, de cartas constitucionais para os vários agrupamentos sociais, de idéias e ofícios humanos, de crenças e costumes’”. A Cultura deve ser percebida ao máximo no seu aspecto social, não podendo dela ser dissociada, porquanto um indivíduo, não obstante possa produzir bens culturais sem a percepção e conseqüente participação do coletivo, produzi-los-á sempre dentro de determinado movimento (momento) histórico-cultural, a partir do construído pela sociedade em que se encontra. Sob essa conotação social, a Cultura, manifestação do espírito humano, fornece ao indivíduo uma identidade cultural inserta no meio social, como forma de libertação do próprio homem. E, *mutatis mutandis*, pode-se falar em identidade cultural de um grupo ou comunidade, atrelado à noção de coesão social, ao se compararem duas ou mais culturas.

Em todo bem cultural está impresso uma necessidade e uma finalidade, decorrentes sempre de um valor. Essa dimensão axiológica deve estar atrelada às dimensões histórica e social; ou seja, num determinado espaço-tempo, certo grupo social tem adotado um conjunto de valores que se manifestam de diversas formas. “Os valores são, por conseguinte, objetos ideais, modelos estáticos segundo os quais iriam se desenvolvendo, de maneira reflexa, as nossas valorações, mas se inserem antes em nossa experiência histórica, irmanando-se com ela”<sup>8</sup>. E, esses bens, ao adquirirem valores e se atrelarem a uma finalidade, passam a ter certo sentido em sua compreensão.

<sup>5</sup> REALE apud CUNHA, Fernando Whitaker da. **Democracia e cultura**, p. 405.

<sup>6</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do direito**, p. 228 e ss.

<sup>7</sup> MALINOWSKI apud CUNHA, Fernando Whitaker da. Op. cit., p. 405.

<sup>8</sup> REALE, Miguel. Op. cit., p. 207.

A Cultura vai surgir sempre a partir de uma visão crítica (portanto, valorada) da realidade natural ou até mesmo cultural posta perante o homem. O resultado dessa valoração pode ser a manutenção da realidade natural ou cultural (quando é mantida a crença nos valores referentes a essas realidades), mas numa alteração da forma de ver essa realidade, ou também a alteração dessa realidade, com resultado evidentemente cultural. O substrato primeiro para a manifestação cultural será sempre a realidade natural. Sob outra perspectiva, os elementos naturais vão gerar influências diretamente sobre os valores a serem adotados pela sociedade (pela concepção evolutiva do homem atrelada à Cultura, como se constatou anteriormente), e, em consequência, sobre a Cultura das comunidades. Basta comparar-se a realidade européia com a brasileira, no século XVI, quando da chegada dos portugueses. Os indígenas não conheciam a escassez como os povos egípcios, mesopotâmicos, ou europeus. Daí porque os valores que eles ainda cultivam hoje são muito ligados à natureza. Não houve necessidade de evolução em termos bélicos ou de acúmulo de riquezas (como o ouro ou outros metais preciosos).

Como mencionado anteriormente, a Cultura não está referenciada tão somente a objetos corpóreos, tangíveis (ou perceptíveis aos sentidos). Pode-se evidentemente perceber fenômenos culturais nos atos ou manifestações sociais, em cujas situações o fenômeno cultural opera indiretamente (quer dizer, vai além da percepção sensorial). É neste aspecto que vão se enquadrar os movimentos e costumes sociais, a filosofia, a religião, a etiqueta etc.

Assim, o Direito, como manifestação social (uma vez adotada a noção de que a ciência do Direito é momento posterior ao surgimento do próprio Direito), é, por conseguinte, uma arte e um bem cultural, podendo-se arriscar afirmando que corresponde à alteração da natureza relativa à forma de resolução de questões sociais (deixou-se de resolver mediante violenta luta corpórea, em que se vencida pelo critério da força). Todas as sociedades humanas possuem, em maior ou menor grau, uma dimensão jurídica em suas relações, cada qual com suas peculiaridades decorrentes das manifestações culturais e dos elementos naturais que participam na vida do homem. O Direito de uma sociedade compõe, assim, a cultura desta e representa o espírito social, na imputação de cargas valorativas a certas atitudes consideradas relevantes naquele meio social. Numa visão mais totalizante, “o Direito, seja como norma, seja como ciência, seja, ainda, como relação, é objeto cultural, pois o sentido está presente em todas essas dimensões”<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 17.

Todavia, ainda que se compreenda que cada sociedade possui um Direito próprio, específico, intrínseco à sua própria natureza, diferente das demais, é possível ao estudioso perceber que certos valores ou princípios se apresentam constantes e permanentes em todas essas sociedades, em todas as épocas, dotando-se do caráter de universalidade, gerando, com isso, normativos axiológicos. A esse conjunto de normativos axiológicos comuns, por muito tempo, atribuiu-se o nome de Direito Natural, a seguir analisado.

## 2.2 Direito Natural: o prenúncio dos Direitos Humanos<sup>10</sup>

O Direito Natural é considerado pela grande maioria dos seus teóricos como aquele direito ou aquele conjunto de regras dotado de caráter primário e universal, que não deveria o legislador olvidar. Para Leclercq<sup>11</sup>, o Direito Natural tem como fundo a justiça, dando possibilidade de manifestação contra as leis injustas. Bobbio<sup>12</sup> adverte que as teorizações sobre o Direito Natural são sazonais, havendo momentos de ascensão em seguida a momentos de declínio. É preciso salientar que, neste ponto, para não se fugir da proposta deste trabalho, não serão abordadas discussões acerca da existência ou da natureza do Direito Natural: limitar-se-á ao máximo à exposição de suas teorias.

Na Grécia Antiga, Aristóteles<sup>13</sup> tratou acerca do Direito Natural, afirmando que

A justiça política é em parte natural e em parte legal; são naturais as coisas que em todos os lugares têm a mesma força e não dependem de as aceitarmos ou não, e é legal aquilo que a princípio pode ser determinado indiferentemente de uma maneira ou de outra, mas depois de determinado já não é indiferente [...].

Ademais, para o filósofo grego, o Direito Natural é aquele perceptível e encontrado na ordem do universo (*kosmos*), e independe das opiniões humanas, ou seja, é justo por si próprio. E aponta ainda o caráter de universalidade, por ter a mesma eficácia em qualquer lugar, assim como o fogo queima igualmente em todos os lugares.

Cite-se, também, no mesmo período, a obra *Antígona*, de Sófocles, na qual a protagonista (*Antígona*) se opõe às leis civis, escritas por Creonte, em favor do direito não-escrito que a obrigava a sepultar seu irmão falecido.

<sup>10</sup> Sobre o tema, cf. BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. Tradução Sérgio Bath. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997, p. 33 e ss.; LECLERCQ, Jacques. **Do direito natural à sociologia**. Tradução Alípio Maia de Castro. São Paulo: Duas Cidades, [1979?].

<sup>11</sup> Op. cit., p. 22.

<sup>12</sup> Op. cit., p. 23.

<sup>13</sup> **Ética a nicômacos**. Tradução Mário da Gama Kury. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2001, p. 103.

Ainda na Idade Antiga, mas dessa vez em Roma, Cícero<sup>14</sup>, adepto do estoicismo, conclui que “O pior absurdo é ter por justa todas as instituições ou todas as leis das nações”. Mais uma vez o Direito Natural se encontra intimamente atrelado à noção de justiça, como fundamento para se contrariarem as instituições e leis instituídas pelo governante.

Após o declínio na Idade Média com Santo Agostinho, vê-se nova ascensão com Santo Tomás de Aquino, com sua doutrina escolástica, e sua divisão clássica das leis em *lex aeterna*, *lex naturalis*, *lex humana* e *lex divina*. Com Tomás de Aquino, deu-se nova perspectiva ao Direito Natural, atrelando-o às manifestações divinas. A *lex naturalis* seria “o modo como a ordem cósmica, emanada de Deus, manifesta-se naquele aspecto da criação que é a criatura dotada de razão, isto é, o homem”<sup>15</sup> ou ainda “a lei moral decorrente da natureza, e por conseguinte, a lei moral em toda a sua amplitude”<sup>16</sup>. Difere da *lex humana*, que corresponde à manifestação de Deus, mediante a razão, que permitisse ao homem criar suas próprias leis. Tomás de Aquino concorda que é possível que a *lex humana* perceba gradativamente a *lex naturalis*, mediante dois processos: *per conclusionem*, quando as leis humanas são derivadas direta e logicamente das leis naturais; e *per determinationem*, quando ocorre a aplicação ao caso concreto, em que se necessita de uma determinação indiferente à *lex naturalis*.

Avançando na história, mais precisamente com o Renascimento, buscou-se outro elemento para servir de fundamento ao Direito Natural que não fosse Deus, uma vez que a natureza revolucionária do Renascimento implicou uma quebra do paradigma medieval. Assim, com a passagem do teocentrismo para o antropocentrismo, com a preocupação do homem pelo homem, os teóricos passaram a adotar o Direito Natural não como manifestação divina, mas como aquelas leis decorrentes da razão, numa concepção eminentemente individualista. Assim, o pai da Escola do Direito Natural moderno (ou, como outros preferem, do jusnaturalismo racionalista), Hugo Grócio, formulou sua base teórica para a produção de regras que deveriam ser adotadas por todas as sociedades. O Direito Natural seria percebido através de uma busca racional no meio social do dado. Segundo Leclercq<sup>17</sup>, “Enquanto para os autores da Idade Média o direito natural é a resultante de um sistema que arranca da metafísica, para Grócio e para os seus continuadores, é o ponto de partida do direito das gentes e de todo o direito positivo”. É a partir do Direito Natural sob a perspectiva dessa

<sup>14</sup> CÍCERO apud LECLERCQ, Jacques. **Do direito natural à sociologia**, p. 22.

<sup>15</sup> BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**, p. 38.

<sup>16</sup> LECLERCQ, Jacques. Op. cit., p. 24.

<sup>17</sup> Ibid., p. 26.

Escola Renascentista que se proporcionou a criação de três ramos do Direito, quais sejam, o Direito Constitucional, o Direito Internacional (ou Direito das Gentes), bem como os Direitos Humanos.

Praticamente na mesma época, Hobbes<sup>18</sup> também formulava sua teoria com relação também ao Direito Natural. Para ele,

Todas as leis podem ser divididas, em primeiro lugar, em leis divinas e humanas. As leis divinas são de duas espécies, conforme os dois modos como Deus pode manifestar sua vontade aos homens: natural (ou moral) e positiva. Natural é aquela que Deus manifestou a todos os homens por meio da sua palavra eterna, neles inata, isto é, por meio da razão natural. Positiva é aquela que Deus revelou mediante a palavra dos profetas [...]. Todas as leis humanas são leis civis.

Assim, estaria o Direito Natural perceptível ao homem por meio da razão. Mas, para Hobbes, as pessoas deveriam obedecer às leis humanas do soberano, pois, por se encontrarem no estado civil, deveriam respeitar as leis civis. E o soberano, por sua vez, não se sujeitaria à própria lei, mas somente às leis naturais. Na mesma forma, John Locke também teoriza a respeito do Direito Natural, fortemente voltado para a proteção do homem contra os arbítrios do soberano, proclamando os direitos à liberdade e à propriedade, verdadeiros pilares do Estado Liberal.

A evolução das teorias do direito natural, mais precisamente a vertente racionalista, deu espaço para a formulação posterior das codificações (a começar pelo Código de Napoleão, considerado pelos exegetas como a razão escrita), das Constituições dos estados no século XVIII, com a autolimitação do monarca ou imperador, e nos seguintes, por outras perspectivas; a criação do Direito das Gentes, ou Direito Internacional, com o ideário de formulação de regras comuns a todos os Estados do mundo; e, em especial para os propósitos aqui pretendidos, da teorização acerca dos direitos humanos, atrelado ao ideário do Direito das Gentes. No entanto, como antecipa Lafer<sup>19</sup>, de forma fatalista, “Estes efeitos [...] contribuíram para corroer o paradigma que os inspirou”.

Passa-se, nesse estágio, a analisar o surgimento dos direitos humanos, como elemento histórico no mundo ocidental na Idade Moderna, com sua repercussão no mundo inteiro, devido a duas grandes guerras que assomaram o planeta, com a criação da Organização das Nações Unidas como pedra de toque na concepção dos direitos humanos.

---

<sup>18</sup> HOBBS apud BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**, p. 41.

<sup>19</sup> LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 38.

### 2.3 O advento dos Direitos Humanos<sup>20</sup>

Costuma-se apontar como marco de nascimento dos Direitos Humanos a Revolução Francesa no século XVIII, ou, para tentar ser mais exato, os movimentos sociais que ocorreram naquele século, até mesmo antes da Revolução. Todavia, é preciso acatar a crítica formulada por Herkenhoff<sup>21</sup>, no sentido de que não se pode entender que os Direitos Humanos somente passaram a existir nos sistemas em que houve uma auto-limitação do poder estatal soberano, ou, nos termos do autor, nos sistemas em que ocorreu o balizamento do poder do Estado pela lei.

Após fazer uma rápida demonstração de que os ideais dos direitos humanos já estavam presentes nas mais importantes religiões que já existiram, conclui esse autor que “Obscurece o legado dos povos que não conheceram a técnica de limitação do poder mas privilegiaram enormemente a pessoa humana nos seus costumes e instituições sociais”<sup>22</sup>. Nesse diapasão, seria possível encontrar os primeiros sinais dos direitos humanos no Código de Hamurábi na Babilônia, nos escritos de Amenófis IV no Egito, Mêncio na China, Platão na Grécia, assim como no Império Romano.

Compartilha do mesmo entendimento Moraes<sup>23</sup>, afirmando:

O Código de Hammurabi (1690 a.C.) talvez seja a primeira codificação a consagrar um rol de direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família, prevendo, igualmente, a supremacia das leis em relação aos governantes.

E prossegue remetendo aos ensinamentos de Buda, em 500 a.C.; com mais cuidado em relação à Grécia Antiga, ao ressaltar a questão da participação política dos cidadãos gregos com Péricles e a existência da justiça fora das leis em *Antígona*, de Sófocles; e, no Direito Romano, alude à *Lei das Doze Tábuas* como instrumento protetor dos direitos da

---

<sup>20</sup> Sobre o tema, cf. ARAÚJO FILHO, Aldy Mello de. **A evolução dos direitos humanos: avanços e perspectivas**. São Luís: EDUFMA; AAUFMA, 1997, p. 32 e ss.; DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 174-177; HERKENHOFF, João Baptista. **Curso de direitos humanos: gênese dos direitos humanos**. São Paulo: Acadêmica, 1994, v. 1, p. 51 e ss.; MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, v. 1, p. 838-839. MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 24 e ss.; SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 149-162.

<sup>21</sup> Op. cit., p. 52.

<sup>22</sup> Op. cit., loc. cit..

<sup>23</sup> Op. cit., p. 25.

liberdade, propriedade e cidadania, e aos ensinamentos de fraternidade do Cristianismo, que num momento posterior tornou-se religião oficial do Império Romano.

Antes ainda do momento revolucionário francês, na Idade Média, também se verificou, especialmente em sua última quadra, a prevalência dos direitos humanos, dando vago início ao período de autolimitação do poder soberano, ao mesmo tempo em que já prenunciava as mudanças que viriam a acontecer com o declínio do feudalismo. Sob inspiração do ideário do Direito Natural como forma de limitação do poder do monarca, foi nesse período que surgiram os documentos, em sua grande maioria de origem inglesa, que maior referência apresentaram para as conquistas dos direitos humanos. Todavia, assinala Herkenhoff<sup>24</sup> que esses documentos “não eram cartas de liberdade do homem comum. Pelo contrário, eram contratos feudais escritos nos quais o rei, como suserano, comprometia-se a respeitar os direitos de seus vassalos”.

E o documento mais marcante dessa época foi a Magna Carta inglesa (*Magna Charta Libertatum*), outorgada por João Sem-Terra, em 15 de junho de 1215, em verdade imposta pelos bispos e barões. Nesse sentido, consoante mostra Araújo Filho<sup>25</sup>, esse documento estabelecia “um *modus vivendi* entre o rei e os barões, que consistia basicamente na afirmação de determinados direitos de supremacia ao soberano, em troca de certos direitos de liberdade estamentais”. E isso já se percebia pela forma de apresentação, porquanto, escrito em latim, apenas as classes mais abastadas da sociedade, ou seja, o clero e a nobreza, salvo raras exceções, teriam acesso ao conteúdo estabelecido na Magna Carta.

Por outro lado, apesar de ser um documento de direitos de estamentos da sociedade feudal, previa “a liberdade de Igreja da Inglaterra, restrições tributárias, proporcionalidade entre delito e sanção [...]; previsão do devido processo legal [...]; livre acesso à justiça, liberdade de locomoção e livre entrada e saída do país”<sup>26</sup>, “as liberdades individuais, as liberdades de se associar, o direito de inocência enquanto não tivesse havido julgamento equitativo”<sup>27</sup>, direitos que, se a princípio não foram imediatamente conferidos a certas parcelas da sociedade, aos poucos foram sendo admitidos para o homem comum.

Somente no século XVII, sob a influência da doutrina de John Locke, que visava mostrar o universalismo presente nas proclamações de direitos inglesas, surgem outras Cartas Políticas de relevância, expressões dos direitos fundamentais de primeira dimensão, ou

---

<sup>24</sup> **Curso de direitos humanos**, p. 56.

<sup>25</sup> **A evolução dos direitos humanos**, p. 34.

<sup>26</sup> MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**, p. 26.

<sup>27</sup> ARAÚJO FILHO, Aldy Mello de. Op. cit., p. 34-35.

direitos negativos, ou de liberdade, dentre elas: a *Petition of Rights*, de 1628, documento dirigido ao rei pelos membros do Parlamento que, não obstante ter sido tachada de uma declaração de princípios, com aplicabilidade real mínima ou inexistente, reconheceu certos direitos aos súditos (nota-se como o texto já adquire âmbito nacional com a adoção da língua comum), relativos à prisão e tributação; o *Habeas Corpus Act*, de 1679, garantindo finalmente ao indivíduo um meio processual, até hoje utilizado, inclusive em nossa República, para desfazer ou evitar abuso no direito de ir e vir; o *Bill of Rights*, de 1689, de maior relevância, outorgada por Guilherme de Orange e decorrente da Revolução Gloriosa inglesa, trouxe maior limitação ao poder do soberano, garantindo o princípio da legalidade e direitos políticos, especialmente de imunidade parlamentar; para Araújo Filho<sup>28</sup>, o *Bill of Rights* “fez nascer a noção de soberania popular, não mais sustentando a idéia de realeza do direito divino”; e o *Act of Seattlement*, de 1701, reforçando o princípio da legalidade, e incluindo a responsabilização política dos agentes públicos.

O *Bill of Rights* produziu efeitos diretos nas colônias inglesas na América. Dando prosseguimento às evoluções de direitos nas cartas inglesas, verificou-se nas colônias americanas o espaço ideal para tanto. Com a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 12 de janeiro de 1776, com inspiração em Locke, Rousseau e Montesquieu, foi considerada como a primeira constituição a adotar direitos humanos fundamentais escritos. No momento de emancipação política dos Estados Unidos, em seus dezesseis artigos estão proclamados os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, e “o princípio da legalidade, o devido processo legal, o Tribunal de Júri, o princípio do juiz natural e imparcial, a liberdade de imprensa e a liberdade religiosa”<sup>29</sup>, este último direito superando as limitações no *Bill of Rights*, “direito contra fianças e multas excessivas e castigos cruéis ou extraordinários”<sup>30</sup>, sem fazer qualquer referência aos estatutos ingleses do qual se fundamentaram.

Outro marco no direito norte-americano, ainda antes da proclamação de sua independência, foi a promulgação da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, em 04 de julho de 1776. Idealizada e produzida basicamente por Thomas Jefferson, a declaração foi clara ao indicar que teria como função a limitação do poder estatal em face de arbitrariedades passíveis de comissão. Concluindo em relação à contribuição dos *yankees* ao advento dos direitos humanos, tendo já diversos estados-membros adotado suas declarações de direitos, dá-se a promulgação e ratificação da Constituição dos Estados Unidos da

<sup>28</sup> A evolução dos direitos humanos, p. 37.

<sup>29</sup> MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**, p. 27.

<sup>30</sup> ARAÚJO FILHO, Aldy Mello de. Op. cit., p. 39.

América, aprovada na convenção de Filadélfia, em 17 de setembro de 1787. Aponta Araújo Filho<sup>31</sup> que a Constituição “não continha uma Declaração de direitos fundamentais do homem, em sua primeira forma, embora possuísse inúmeros dispositivos, salvaguardando liberdades individuais”, razão pela qual foram originadas dez emendas, aprovadas em 1791, sob pressão dos estados-membros em introduzir-se uma Carta de Direitos, aos moldes das diversas Declarações adotadas por eles, em âmbito federal.

Não obstante os avanços proporcionados pelas manifestações norte-americanas, tendo como base o ideário da independência, é inconteste que maior consideração para os direitos humanos ocorreu na França, mais precisamente no período da Revolução Francesa, ponto de convergência na História ocidental, quando ocorreu a libertação da burguesia das arbitrariedades e elevadas cargas tributárias impostas por clero e nobreza, minorias francesas. E o documento representativo da consagração normativa dos direitos humanos foi a *Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen*, em 26 de agosto de 1789, tomando influências de Rousseau (liberdade natural e vontade geral), Locke (liberdade, propriedade, segurança e resistência à opressão) e Montesquieu (separação ou especialização dos poderes). Em síntese, Moraes<sup>32</sup> aponta os direitos humanos presentes na Declaração:

[...] princípio da igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, associação política, princípio da legalidade, princípio da reserva legal e anterioridade em matéria penal, princípio da presunção de inocência; liberdade religiosa, livre manifestação de pensamento.

Herkenhoff<sup>33</sup> observa com acerto que nas declarações americanas e francesas “o sentido universal está presente”; todavia, os direitos protegidos “tinham, entretanto, um conteúdo bastante individualista, consagrando a chamada democracia burguesa”. E essa é uma das críticas mais fortes a tal declaração, adotada por Marx e seus defensores. Todavia, especificamente com relação à declaração francesa, ela diferenciava-se das anglo-saxônicas porquanto, em razão do momento histórico, estas permaneceram limitadas ao âmbito territorial de vigência, não obstante provocarem influências no resto do mundo ocidental; a declaração francesa, por outro lado, sem desmerecer os textos norte-americanos, manteve um conteúdo mais abstrato e universal, podendo, portanto, ser tratada como a primeira declaração de cunho universalista dos direitos humanos. Assim, assiste razão a Celso Mello<sup>34</sup> quando

<sup>31</sup> A evolução dos direitos humanos, p. 41.

<sup>32</sup> Direitos humanos fundamentais, p. 28.

<sup>33</sup> Curso de direitos humanos, p. 57.

<sup>34</sup> Curso de direito internacional público, v. 1, p. 839.

afirma que “o modelo francês é produto de uma ruptura. É de formação racionalista. É um único texto com várias redações. É o núcleo do constitucionalismo moderno: governo da lei, igualdade formal e separação dos poderes”.

No curso da Revolução Francesa, mais precisamente em sua segunda etapa, surgiram também as Constituições francesas de 1791 e 1793; a primeira foi mais modesta e tratou das limitações do poder do soberano, e a segunda já trazia um rol de direitos humanos como fundamentos do Estado francês. Todavia, é preciso destacar, como bem salienta Herkenhoff<sup>35</sup>, que, na Constituição de 1793, “proclamam-se direitos sociais do homem: direitos relativos ao trabalho e a meios de existência, direitos de proteção contra a indigência, direito à instrução”. Verifica-se que essa constituição já previa, ainda que timidamente, o que seria a tônica no início do século XX, os chamados direitos humanos sociais.

Em decorrência da grandiosidade do feito na Revolução Francesa, dos ideais que foram buscados, e dos resultados alcançados, provocou-se uma repercussão generalizada em toda a Europa, como se pode perceber com as proclamações da Constituição espanhola de 1812 (também conhecida como Constituição de Cádiz), da portuguesa de 1822, da belga de 1831 e da Declaração de Direitos da Constituição Francesa de 1848. Não se poderia deixar de mencionar, na América, a Constituição Política do Império do Brasil de 1824, em cujo artigo 179 encontrava-se um rol de direitos civis e políticos.

Com efeito, no início do século XX, uma vez estabelecida a burguesia no topo da pirâmide social, mas em detrimento do trabalho dos empregados em condições análogas à de escravo, que se submetiam a condições insalubres e penosas (e porque não dizer desumanas), como preocupação estatal dos problemas que a liberdade proporcionada pelo Estado Liberal havia provocado, uma nova tendência surgiu em alguns países, que, depois passou a se propagar em outros. Trata-se da passagem do Estado Liberal para o Estado Social, quando o Estado deixou de ser não-intervencionista no que respeita à economia, que, na liberdade consagrada pelos documentos anteriores, provocou a miséria para a grande massa trabalhadora. Ocorreu, portanto, uma preocupação com a vida digna do trabalhador, principalmente com a garantia de direitos no âmbito da relação de trabalho (como limitações ao lucro inconsequente do empregador), e de políticas públicas mínimas, como alimentação, saúde, educação, saneamento, transporte, dentre outros.

---

<sup>35</sup> **Curso de direitos humanos**, p. 57.

São os primeiros documentos exemplares dessa tendência: a Constituição mexicana, de 31 de janeiro de 1917, resultado da Revolução Mexicana que ocorreu no período, proclamando os direitos do trabalhador e o direito à educação; a Declaração Soviética do Direito do Povo Trabalhador e Explorado, de 17 de janeiro de 1918, originada a partir da Revolução Russa, que aboliu o direito à propriedade privada; e a Constituição alemã de 11 de agosto de 1919, conhecida como a Constituição de Weimar, trazendo, em especial, direitos de família (igualdade de poderes entre o casal dentro da família) e da infância (proteção contra exploração), direito à ciência e à cultura, direitos socioeconômicos.

Na perspectiva ora exposta, conclui-se que, até então, os direitos humanos somente foram concebidos na esfera de competência estatal; vale dizer, apenas as Cartas referentes à situação de certos países (Inglaterra e Estados Unidos) e as Constituições contemplaram os direitos humanos, à exceção da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que tentou buscar a universalidade. Mas os direitos humanos ainda careciam de maior reconhecimento.

## 2.4 A autonomia dos Direitos Humanos: internacionalização<sup>36</sup>

Como se pôde perceber pelo esboço histórico das manifestações iniciais de garantia dos Direitos Humanos, vislumbrados inicialmente por mera pré-compreensão da existência desses direitos inerentes à personalidade humana, com paulatino progresso nos estudos pelos teóricos do absolutismo e do liberalismo, os Direitos Humanos estiveram quase sempre (salvo poucas exceções) vinculados a instâncias nacionalistas ou estatais. Vale dizer, que o Direito Constitucional abraçava também o estudo dos Direitos Humanos, fundamentais ao Estado de Direito que se pretendia instituir no período. Ao que parece claro, pois, uma vez que os Direitos Humanos representavam um conteúdo positivo-axiológico com pouca moção própria, facilmente violado pelos monarcas, era preciso que eles atingissem um degrau necessário de segurança jurídica, a evitar que se repetissem as arbitrariedades. É por isso que a grande maioria dos exemplos apresentados se referiam a Constituições (americana, francesa, espanhola, portuguesa, belga, brasileira, mexicana, alemã, russa), documentos magnos dos

---

<sup>36</sup> Sobre o tema, cf. LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 167 e ss.; MELO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, v. 1, p. 839 e ss.; MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 35 e ss.; PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 107 e ss.; VERDROSS, Alfred. **Derecho internacional publico**. Tradução Antonio Truyol Y Serra. 6. ed. Madrid: Aguilar, 1978, p. 481 e ss.

Estados. Ainda hoje, as Constituições mais democráticas contemplam uma carta de direitos fundamentais, e as doutrinas de Direito Constitucional também tratam dos Direitos Fundamentais como capítulo da Constituição do Estado.

Portanto, foi preciso que inicialmente se legitimassem os Direitos Humanos a nível estatal, para tão-somente a partir daí poder-se pretender o seu real caractere de universalidade, que do Direito Natural derivou. E o momento mais adequado para que essa pretensão pudesse ser atingida decorreria das revoluções industriais, que permitiram uma aceleração e multiplicação das informações, facilitando com isso as coalizões entre Estados amigos, mas também os conflitos entre Estados inimigos; afinal, pode-se dizer que, na verdade, as duas Grandes Guerras foram os eventos mais consideráveis para proporcionar a preocupação dos teóricos com os Direitos Humanos, especialmente no tocante à sua universalização.

O século XIX foi marcadamente o século positivista, e com ele a idéia do Direito Natural foi paulatinamente sendo cada vez menos considerada, a partir dos estudos de Hegel na Alemanha, e com o trabalho dos exegetas na França, em que a lei foi compreendida como resultado da razão da autoridade, passando a se tornar praticamente a fonte exclusiva do Direito. Todavia, a erosão do Direito Natural, provocando o esquecimento de sua existência pelos povos, teve como consequência sua revitalização e reconsideração em estudos, somente através daquelas guerras que ocorreram no início do século XX.

Com efeito, podem ser apontados como os movimentos prévios à autonomia dos Direitos Humanos aqueles em que ocorreu certa limitação às ações estatais a nível internacional. Acarretaram o contexto necessário para a autonomia dos Direitos Humanos, designadamente, o Direito Humanitário, a Liga das Nações, e a Organização Internacional do Trabalho (OIT).

O Direito Humanitário possui vínculo direto com o Direito Internacional da Guerra (*jus in bello*), representando um conjunto de regras de conduta – a princípio, costumeiras – pela qual deveriam pautar os países em conflitos em respeito aos soldados que, de uma forma ou de outra, se afastaram do combate, destacando-se dentre eles, feridos, doentes, médicos, prisioneiros, bem como aos civis da região de guerra; também, em relação a pausas para buscar os corpos dos mortos de volta (preocupação com a honra do soldado) e ajudar com os combatentes feridos. Francisco Rezek<sup>37</sup> aponta que o marco inicial do direito

---

<sup>37</sup> **Direito internacional público:** curso elementar. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 370-371.

humanitário, idealizado por Henry Dunant (*Uma lembrança de Solferino*), ocorre com a Convenção de Genebra de 1864.

Contando dez artigos, a Convenção de Genebra de 1864 transforma em direito escrito aqueles postulados costumeiros [...]: o texto diz da proteção devida a médicos e outras pessoas envolvidas nos trabalhos de socorro, obriga ao tratamento, pelos beligerantes, dos feridos e enfermos, e imuniza contra qualquer ataque os hospitais e os veículos votados ao transporte hospitalar [...].

A Liga das Nações (também conhecida como Sociedade das Nações) foi resultado dos desastres ocasionados pela Primeira Guerra Mundial. Primeira tentativa de se criar uma organização internacional, sua Convenção instituidora foi criada em 1920, com a finalidade de promoção da cooperação, paz e segurança entre os países, principalmente os europeus, que mais sofreram com aquela guerra. De acordo com Flávia Piovesan<sup>38</sup>, essa Convenção “continha previsões genéricas relativas aos direitos humanos, destacando-se as voltadas ao *mandate system of the League*, ao sistema das minorias e aos parâmetros internacionais do direito do trabalho” (grifos da autora), já como repercussão da chegada do Estado Social intervencionista, ou do Bem-Estar social, tomada pelas Constituições mexicana e alemã. Estabelecia ainda sanções econômicas e militares, mas sanções estas que competiriam aos Estados participantes da Liga executarem. Contudo, para Alfred Verdross<sup>39</sup>, “*la S.D.N. no pasó nunca de ser um organismo truncado, toda vez que nunca pertencieron a ella los EE.UU. y que distintos miembros como Alemania, Italia y el Japón, volvieron a salir de ella*”.

O terceiro evento deflagrador da internacionalização dos Direitos Humanos foi a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Assim como a Liga das Nações, e autônoma em relação a ela, surgiu a OIT após a Primeira Guerra Mundial, com o intuito de buscar uniformizar ou trazer regras mínimas de conduta dos Estados para com os trabalhadores, fazendo com que esses Estados obrigassem os empregadores a cumprir o disposto nas convenções. Assinala Flávia Piovesan<sup>40</sup> que “Sessenta anos após a sua criação, a Organização já contava com mais de uma centena de Convenções internacionais promulgadas, às quais Estados-partes passaram a aderir, comprometendo-se a assegurar um padrão justo e digno nas condições de trabalho”. Ainda hoje a OIT possui grande influência nas relações trabalhistas no mundo inteiro.

<sup>38</sup> **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**, p. 111.

<sup>39</sup> **Derecho internacional publico**, p. 481.

<sup>40</sup> Op. cit., p. 111.

Apesar de esses três instrumentos terem sido importantes para a fixação de direitos relativos à dignidade das pessoas nas relações internacionais, havendo surgido dois deles com a Primeira Guerra Mundial, foi somente com o fim da Segunda Guerra Mundial que a preocupação com a existência desses direitos universais passou a ser enfocada de forma especial. Duas situações marcantes nessa Guerra foram decisivas para esse fato: de um lado, a crise dos direitos humanos com o surgimento dos Estados totalitários, especialmente na Alemanha, cujo “legado do nazismo foi condicionar a titularidade de direitos, ou seja, a condição de sujeito de direitos, à pertinência a determinada raça – a raça pura ariana”<sup>41</sup>, negando-se a dignidade da pessoa humana através do genocídio, das práticas desumanas nos campos de concentração, o Holocausto; de outro lado, a utilização de bombas atômicas, que, sem qualquer preocupação com a população civil que habitava as cidades japonesas de Hiroshima e Nagasaki, por vezes alheia ou contrária à situação beligerante, destruiu milhares de vidas como num simples apertar de botão.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, foi instituído, em Nuremberg, pelos aliados, França, Estados Unidos, Reino Unido e a União Soviética, um Tribunal Penal Internacional, com competência e jurisdição para julgar e punir os crimes praticados pelo Eixo, através do Acordo de Londres, de 08 de agosto de 1945. Referido acordo inovou em relação aos crimes que seriam punidos, incluindo, além dos já conhecidos crimes de guerra e crimes contra a paz, os crimes contra a humanidade (artigo 6º do Acordo). Sem recorrer-nos ao texto legal do Acordo, esmiúça Flávia Piovesan<sup>42</sup>:

Nos termos do art. 6º desse Acordo, são crimes sob a jurisdição do Tribunal que demandam responsabilidade individual: a) crimes contra a paz (planejar, reparar, incitar ou contribuir para a guerra de agressão ou para a guerra, em violação aos tratados e acordos internacionais, ou participar de plano comum ou conspiração para a realização das referidas ações); b) crimes de guerra (violações ao direito e ao direito costumeiro da guerra; tais violações devem incluir – mas não serem limitadas a – assassinato, tratamento cruel, deportação de populações civis que estejam ou não em territórios ocupados, para trabalho escravo ou para qualquer outro propósito, assassinato ou tratamento cruel de prisioneiros de guerra ou de pessoas em alto-mar, assassinato de reféns, saques à propriedade pública ou privada, destruição de vilas ou cidades, devastação injustificada por ordem militar); c) crimes contra a humanidade (assassinato, extermínio, escravidão, deportação ou outro ato desumano cometido contra a população civil, antes ou durante a guerra, ou perseguições baseadas em critérios raciais, políticos e religiosos, para a execução de crime ou em conexão com crime de jurisdição do Tribunal, independentemente se em violação ou não ao direito doméstico de determinado país em que foi perpetrado).

---

<sup>41</sup> PIOVESAN, Flávia, **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**, p. 116.

<sup>42</sup> Ibid., p. 120.

Nesse sentido, os crimes contra a humanidade, no âmbito do Direito Internacional, ainda não possuíam previsão em qualquer tratado, significando, portanto, uma espécie de *novatio legis*; todavia, o Tribunal fundamentou-se inteiramente pelo costume internacional. Celso Lafer<sup>43</sup>, a respeito da concepção dos crimes contra a humanidade, diz que o Acordo de Londres “Representava um primeiro esforço de tipificar, como ilícito penal, o ineditismo da dominação totalitária, que pelas suas características próprias [...] tinha uma especificidade que transcendia os crimes contra a paz e os crimes de guerra”. Para além disso, com respeito à criação de um Direito Internacional Penal *ad hoc*, chega à conclusão de que “é igualmente válido dizer-se que elas [as potências vencedoras] o fizeram sem desvio de poder, pois não incidiram na tentação das represálias e das violências incontroladas”<sup>44</sup>. Kelsen<sup>45</sup>, por sua vez, diz que “este princípio da irretroatividade da lei não é válido no plano do direito internacional, mas é válido apenas no plano do direito interno, com importantes exceções”.

A mesma experiência do Tribunal de Nuremberg foi igualmente utilizada na criação do Tribunal de Tóquio, em 19 de janeiro de 1946, com idêntica finalidade daquele, mas em relação aos delitos de guerra praticados no oriente.

Na mesma época, antes mesmo do Tribunal de Nuremberg, criou-se a Organização das Nações Unidas (ONU). Conforme assevera Verdross<sup>46</sup>, “*Ya en la Declaración de Moscú de 1 de noviembre de 1943 acordaron China, los EE.UU., Gran Bretaña y la U.R.S.S la constitución de una nueva organización internacional*”, ocasionando uma série de encontros com a mesma finalidade, culminando, por derradeiro, com a adoção da Carta das Nações Unidas, em 26 de junho de 1945.

Dentre outras coisas, como fomento das relações de amizade, cooperação e solidariedade internacional, a proibição do emprego da força e a promoção de soluções pacíficas, a Carta estabelece, no artigo 1º, o respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais de todos os homens, sem distinção de raça, sexo, idioma ou religião, e, no artigo 55, que os países integrantes promoverão a proteção dos direitos humanos.

Pela leitura da Carta, percebe-se que seu conteúdo assemelha-se mais a uma constituição da Organização, do que propriamente a um tratado que verse sobre direitos humanos ou sobre relações internacionais. No bojo de seu texto, somente em sete pontos há

---

<sup>43</sup> **A reconstrução dos direitos humanos**, p. 168-169.

<sup>44</sup> LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**, p. 169.

<sup>45</sup> KELSEN apud PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**, p. 122, nota de rodapé 21.

<sup>46</sup> **Derecho internacional publico**, p. 483.

menção aos direitos humanos. Essa Carta, na verdade, representa a “lei orgânica” do sistema internacional mundial (já que existem os sistemas regionais), estabelecendo como se daria a administração das relações internacionais. Destacam-se as divisões administrativas da Organização (Conselho de Segurança, Assembléia Geral, Conselho Econômico e Social etc.) e a possibilidade de criação de comissões, como é o caso da Comissão de Direitos Humanos, criada pelo Conselho Econômico e Social. Por isso é válida a crítica de Flávia Piovesan<sup>47</sup>, para quem,

Embora a Carta das Nações Unidas seja enfática em determinar a importância de defender, promover e respeitar os direitos humanos e as liberdades fundamentais – como demonstram os dispositivos destacados –, ela não define o conteúdo dessas expressões, deixando-as em aberto. Daí o desafio de desvendar o alcance e significado da expressão ‘direitos humanos e liberdades fundamentais’, não definida pela Carta.

Se a Carta das Nações Unidas foi modesta ao dispor sobre os direitos humanos, não se pôde mais deixar de considerá-los a nível internacional com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, assinada em Paris, como resolução aprovada por unanimidade em Assembléia Geral. A Declaração Universal dos Direitos Humanos traz uma série de direitos individuais, políticos, sociais, econômicos e culturais como direitos fundamentais do homem, com fundamento na dignidade da pessoa humana, na liberdade e na igualdade. Destarte, a Declaração “introduz extraordinária inovação ao conter uma linguagem de direitos até então inédita. [...] Ao conjugar o valor da liberdade com o da igualdade, [...] esses direitos passam a ser concebidos como uma unidade interdependente e indivisível”<sup>48</sup>, denotando a concepção contemporânea dos direitos humanos.

Contudo, a Declaração “contém *em germe* a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos, e termina na universalidade não mais abstrata [...] dos direitos positivos universais”<sup>49</sup> (grifo nosso); vale dizer, ao declarar os direitos humanos, ela o faz de forma bastante abstrata, e, ademais, sem garantir instrumentos processuais para sua promoção e proteção.

Quanto à eficácia dos direitos apresentados na Declaração, já desde sua criação, havia prevalecido a posição norte-americana, de que esses direitos teriam caráter de meras

<sup>47</sup> **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**, p. 128.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 134.

<sup>49</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, p. 50.

normas programáticas; primeiramente, porque foi aprovada como simples resolução, e não por tratado ou acordo internacional, não possuindo força de lei; e, em segundo lugar, como bem apontado por Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva e Hildebrando Accioly<sup>50</sup>, porque “a Senhora Roosevelt [quem ficou responsável por preparar essa Declaração] reiterou a posição de seu país, no sentido de que a Declaração não era um tratado ou acordo que criava obrigações legais”. Na mesma época, também já havia quem defendesse o caráter vinculante dos direitos arrolados na Declaração, cujos argumentos<sup>51</sup> podem ser resumidos no seguinte:

a) a incorporação das previsões da Declaração atinentes aos direitos humanos pelas Constituições nacionais; b) as frequentes referências feitas por resoluções das Nações Unidas à obrigação legal de todos os Estados de observar a Declaração Universal; e c) decisões proferidas pelas Cortes nacionais que se referem à Declaração Universal como fonte de direito.

Sem aprofundarmos na questão, pode-se dizer que, se a Declaração não foi introduzida no Direito Internacional como norma de força obrigatória, ela passaria a ter relevância na produção e interpretação das leis estatais e dos tratados e convenções internacionais; sob outro aspecto, que a Declaração pretendeu trazer aplicabilidade às menções aos direitos humanos constantes na Carta das Nações Unidas, à qual os Estados devem obediência; ou, ainda, que os direitos humanos nela expressados teriam atingido o grau de costume internacional.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 significa, portanto, o ponto final do processo de internacionalização e autonomia dos direitos humanos, e o inicial da proteção universal dos direitos humanos, porque ela se encontra no momento posterior à (e decorrente da) criação de uma comunidade internacional de âmbito mundial, e no momento anterior à (e marco para a) criação de diversos pactos, tratados e sistemas de proteção dos direitos humanos.

## 2.5 Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos<sup>52</sup>

No mundo inteiro pode-se falar em Sistemas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. Estes se dividem em Sistemas regionais (OEA, v.g.) e Sistema global (sob

<sup>50</sup> **Manual de direito internacional público**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 378.

<sup>51</sup> Utilizamos os argumentos trazidos em PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**, p. 138.

<sup>52</sup> Sobre o tema, cf. MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, v. 1, p. 840-849; PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 151-219.

orientação da ONU). Para fins de estudo, analisa-se somente este último, para não determos a detalhes impertinentes. Ainda, este último sistema pode ser subdividido em outros dois, dessa vez para fins didáticos, podendo-se falar, assim, em um sistema geral, e sistemas particulares de proteção. Vejamos cada um deles em separado.

O sistema geral decorre da Carta das Nações Unidas e da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Da primeira, tem-se a estrutura básica de proteção dos direitos humanos, a saber: o Conselho de Segurança, ao qual cabe decidir acerca de ameaças à paz ou atos de agressão; a Assembléia Geral, que tem incumbência de determinar certos parâmetros de atuação dos membros, antigamente considerados como meras recomendações; o Conselho Econômico e Social, a quem compete a elaboração de relatórios e de recomendações, relativamente aos direitos humanos, bem como a possibilidade de criar comissões para melhor executar as atividades, como é o caso da Comissão de Direitos Humanos.

Da segunda, em razão da discussão acerca da juridicidade e da eficácia das regras proclamadas na Declaração, pretendeu-se, a princípio, criar uma única carta consagradora de direitos humanos que tivesse valor e força de norma jurídica, passando a atingir o padrão de obrigatoriedade e vinculação dos Estados pactuantes. De 1949 a 1966, após várias discussões, chegou-se, no entanto, à criação de dois tratados: o Pacto dos Direitos Civis e Políticos, e o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos atualmente ratificados por mais de 150 países, aprovados em 16 de dezembro de 1966.

A despeito de se conceberem o rol dos direitos humanos como uma unidade indissociável e interdependente, restaram estabelecidos dois pactos, tendo prevalecido a tese norte-americana (não necessariamente a mais adequada) de que os direitos civis e políticos são de aplicação imediata, ou auto-aplicáveis, e que os direitos sociais, econômicos e culturais são programáticos, significando atos predominantemente positivos por parte dos Estados, o que deveria implicar uma gradual implementação desses direitos pelas nações. Nesse sentido, venceu a tese segundo a qual os instrumentos de que a comunidade internacional poderia dispor para a proteção aos direitos civis e políticos não teriam a mesma aplicabilidade e eficiência para os direitos sociais, econômicos e culturais. Houve, ainda, certa preocupação com a adesão dos países de extremos capitalista e socialista, se a carta fosse unificada.

Os Pactos dos Direitos Civis e Políticos e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, com seus protocolos facultativos, quando conjugados com a Declaração dos Direitos do Homem de 1948, formam a chamada Carta Internacional dos Direitos Humanos (*International Bill of Rights*), que, seria, portanto, o instrumento legislativo geral de proteção

aos direitos humanos. Ambos os pactos possuem praticamente os mesmos direitos dispostos na Declaração dos Direitos do Homem, mas se apresentam de forma mais concreta e elucidativa do que esta. A Declaração serve como base para as demais, e para reforçar a unidade e interdependência dos direitos humanos. Ademais, outros direitos foram acrescidos aos pactos, não considerados anteriormente pela Declaração.

O Pacto dos Direitos Civis e Políticos agrupa aqueles direitos ligados à liberdade humana, que correspondem, em sua maioria, a um *non facere* por parte do Estado. Por parecer mais simples e imediata a aplicação e concretização desses direitos, foram criados por esse pacto sistemas de proteção desses direitos. Dentre eles, a instituição do Comitê de Direitos Humanos, composta por dezoito membros, específico para proteção desses direitos, e um sistema de monitoramento, consistente na obrigação dos Estados-parte em enviar relatórios (*reports*) ao Secretário-Geral das Nações Unidas, que remeterá ao Comitê de Direitos Humanos para exame, quando este vier a solicitar, sobre as medidas adotadas pelos Estados em prol dos direitos protegidos na carta.

Outro instrumento de proteção disciplinado por esse pacto consiste no sistema de comunicação interestatal (*inter-state communications*). O mecanismo é de vinculação facultativa pelos Estados-parte, devendo cada um, se entender que o Comitê tem competência para receber e examinar as comunicações de outros, apresentar declaração em separado, reconhecendo tal competência. Diz o artigo 42, § 1º, *a*, do Pacto que “Se um estado-parte no presente Pacto considerar que outro estado-parte não vem cumprindo as disposições do Pacto poderá, mediante comunicação escrita, levar a questão ao conhecimento desse estado-parte.” E, dentro de seis meses, se, utilizadas todas as medidas internas ou quando a aplicação dessas medidas implicar morosidade inviável, ainda não for solucionada a questão, ela será submetida ao Comitê para apreciação. Compete ao Comitê, se for o caso, criar uma Comissão específica para auxiliar na melhor resolução da controvérsia. Todavia, esse instrumento de proteção somente é aplicável entre países que declararam a competência do Comitê.

Um último instrumento de proteção foi trazido não exatamente pelo pacto, mas pelo Protocolo Facultativo ao Pacto, adotado em 16 de dezembro de 1966, somente entrando em vigor em 26 de março de 1976. Opcional, assim como o sistema de comunicação interestatal, o Protocolo Facultativo permite o mecanismo de petições individuais em razão de violação aos direitos civis e políticos consagrados no Pacto. Se ratificado o Protocolo Facultativo pelo Estado-membro, permite-se que qualquer pessoa, desde que vítima de violação aos direitos do Pacto por esse Estado-membro, possa comunicar ao Comitê de Direitos Humanos, para que

este órgão examine os casos, podendo, ao final, declarar a caracterização da violação e determinar a reparação devida.

Dois problemas surgem. O primeiro é a discussão em relação à possibilidade de petições e comunicações individuais, dentro de um sistema marcadamente estatal (já que a Organização é de Nações). E o segundo, com relação à eficácia das decisões do Comitê. Quanto ao primeiro, essa foi uma das razões pela qual o sistema de petições individuais foi elaborado separadamente; há forte resistência de certos Estados admitirem que qualquer pessoa possa apresentar reclamação contra o Estado; no entanto, à medida que os países vão ratificando esse Protocolo, pelo consentimento, resta resolvida a questão. Já quanto ao segundo, desde 1990 tem-se tentado reforçar o monitoramento e fiscalização nos Estados condenados quanto às decisões proferidas pelo Comitê.

Um Segundo Protocolo Facultativo ao Pacto dos Direitos Civis e Políticos foi elaborado, e adotado em 15 de dezembro de 1989. Tratando da vedação da pena de morte, também se qualifica como opcional, porquanto muitos estados (de capitalistas a socialistas) adotam a morte como pena em seu território.

Já o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais disciplina os direitos relativos à promoção de igualdades, mediante atos comissivos dos Estados-parte. Assim como o Pacto dos Direitos Civis e Políticos, ele disciplina de forma mais detalhada os direitos sociais proclamados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, acrescentando outros direitos não contemplados neste documento. Contudo, em relação ao sistema de proteção, este pacto foi mais comedido, não tendo contemplado a previsão de um Comitê próprio de proteção, tendo em vista que, como já explicitado anteriormente, compreendeu-se que os direitos econômicos, sociais e culturais somente deveriam ser implementados progressivamente, não comportando, em tese, o sistema de comunicação interestatal ou pessoal.

Não obstante, o pacto prevê o sistema de relatórios, à semelhança do Pacto dos Direitos Civis e Políticos. Submetidos ao Secretário-Geral das Nações Unidas, esses relatórios devem informar os atos praticados pelos Estados-membros em favor dos direitos econômicos, sociais e culturais. Ademais, a despeito da imprevisão no pacto de Comitê próprio para monitoramento e exame desses direitos, o Conselho Econômico e Social estabeleceu um comitê próprio para ele, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, cuja função é análoga ao Comitê de Direitos Humanos (Civis e Políticos). Pela inexistência de outros instrumentos, e pela idéia dos direitos econômicos, sociais e culturais proposta, é inteiramente

viável que os órgãos competentes da ONU determinem os níveis progressivos desejados para aplicação dos direitos consagrados no pacto.

Afora o sistema geral de proteção dos direitos humanos, encontram-se diversos outros instrumentos, ainda no âmbito da ONU, de proteção especiais, destinados a garantir direitos a certas parcelas da sociedade que, em determinados Estados, encontram-se em situação injustificadamente desigual, ou que necessitam de proteção especial, por sua própria natureza. Nesse sentido, destacam-se: “Declarações sobre direitos da criança (1959); Declaração sobre a eliminação de qualquer forma de discriminação racial (1963); Declaração sobre a eliminação da discriminação a respeito da mulher (1967)”<sup>53</sup>; declaração contra a tortura e tratamento cruel e desumano (1975); Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e de Discriminação fundada na Religião ou Crença (1981); Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (1948), Convenção sobre os direitos políticos da mulher (1953); Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (1966); convenção para a supressão do crime de *apartheid* (1973); Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (1979); Convenção sobre os Direitos da Criança (1989); Convenção para Eliminação da Discriminação contra a Mulher (1992); Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984) etc.

Cumprе ressaltar que algumas das convenções criaram Comitês específicos para proteção dos direitos dessas minorias. Destaque especial, como elemento de proteção, ao Tribunal Penal Internacional, para julgamento dos crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes contra a paz.

Em um rápido esboço, sem desconsiderar os sistemas regionais, esta é a situação do início do século XXI referente ao sistema de proteção dos direitos humanos em âmbito mundial. Por outro lado, com a criação da ONU, e desses diversos instrumentos de proteção dos direitos humanos, um instituto jurídico-político, e, porque não dizer, um princípio e característica do Estado passou progressivamente a ser mitigado, com auxílio da globalização. Trata-se da soberania, sobre a qual se tratará a seguir.

---

<sup>53</sup> MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**, v. 1, p. 846.

### 3 SOBERANIA

A soberania, no século XXI, pode ser concebida como uma característica, não necessariamente essencial, do poder do Estado, referente ao poder de decisão em última instância, e de reconhecimento e respeito internos e externos; mas, em sua origem moderna, no regime absolutista, e por muito tempo, seria a soberania o próprio poder, e não uma característica, para que se pudesse referir a certo governo como um Estado, de cunho absoluto ou supremo, indivisível, indelegável, irrevogável e perpétua. Tem sua origem, em verdade, a partir da legitimidade do chefe do corpo social, que poderia ter fundamentos vários.

A soberania, já no século XX, passou a conhecer claramente a existência de limitações ao seu poder; todavia, se feita uma maior perquirição, perceber-se-á que a soberania, em todos os teóricos, sempre foi concebida com limitações necessárias ao exercício do poder por parte do soberano ou de quem o representante.

Da soberania do Estado, vai decorrer, em última instância, o princípio da autodeterminação dos povos, e o da igualdade entre Estados. São corolários da soberania e igualdade dos Estados os seguintes, apontados por Ian Brownlie<sup>54</sup>:

1) jurisdição, *prima facie* exclusiva, sobre um território e sobre a população permanente que nele vive; 2) dever de não ingerência na área de jurisdição exclusiva dos outros Estados; e 3) subordinação às obrigações resultantes do Direito consuetudinário e dos tratados concluídos com o consentimento do Estado obrigado.

Há uma tendência generalizada a se pôr um fim a essa característica do poder, ou pelo menos em relação aos Estados, nesse caso, transferindo-la à Organização das Nações Unidas, porquanto cada vez mais a soberania dos países vem sendo mitigada por fatores externos, submetendo-se a nova análise, devido a fatores econômicos, sociais e jurídicos.

#### 3.1 Noções gerais sobre Sociedade e Legitimidade<sup>55</sup>

O ser humano é um ser social. Com isso, quer-se dizer que a espécie humana (ou seja, o *homo sapiens sapiens*), e, por conseguinte, todas as demais espécies ascendentes dele,

---

<sup>54</sup> **Princípios de direito internacional público**. Tradução Maria Manuela Farrajota et al. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 309.

<sup>55</sup> Sobre o tema, em parte, cf. BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 111 e ss.; ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Tradução Leandro Konder. 12. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1991; ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado**. Tradução Karin Praefke-Aires Coutinho. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, § 16, p. 149-156.

conviveram em união, a formar um coletivo que se pode intitular de sociedade. E isso ocorreu por razões de caráter fisiológico e instintivo, porque seus ascendentes não eram verdadeiros predadores, como os leões, e, para que pudessem sobreviver e perpetuar a espécie, era preciso que eles vivessem unidos, para que, em conjunto, pudessem enfrentar toda sorte de intempéries físicas (v.g., tempestades, invernos rigorosos) e biológicas (v.g., predadores, fome, doenças). Nesse sentido, por ter sido marco essencial para a perpetuação da espécie, se a necessidade de união de indivíduos já não compunha o caráter genético do ser humano ou de seus ascendentes, o lento processo de evolução para as espécies seguintes provocou a manutenção dessa necessidade de coesão social, invadindo a esfera do inconsciente, e passando, então, a compor o caráter genético do ser humano. Fala-se, portanto, que o homem possui um *animus societatis*.

Com efeito, não seria bastante e suficiente que os indivíduos vivessem em uma união sem organização, porque cada homem, já percebido em sua natureza cultural, possuiria interesses e vontades que a princípio não poderiam ser compatibilizadas, o que geraria, com isso, conflitos de toda sorte, que inevitavelmente implicariam na extinção da espécie, diferentemente de outra sociedade que teria se organizado em grupos para colher e caçar alimentos, para vigiar e proteger a comunidade, para preparar o alimento e cuidar dos enfermos. Ou seja, ao social está umbilicalmente ligado o político, daí porque se costuma dizer que o homem é um animal político. Está diretamente atrelado à noção de sociedade a de liderança, que, da mesma forma que aquele, passa a ser inerente à natureza humana.

Todavia, não se olvidando a natureza cultural do homem, ainda é possível encontrar um leque de diferentes sistemas de organização da sociedade possíveis, galgados nas formas de união social (familiar, por tribos, estatal), nas formas clássicas de governo (monarquia, aristocracia e demagogia, na concepção aristotélica), nas formas de Estado (unitário ou federal), dentre outros sistemas jurídicos-políticos já presenciados na história.

É com a necessidade de organização e de liderança que surge a questão da legitimação do poder político, que será atribuída a uma ou poucas pessoas. A legitimação é questão de fundo, condição *sine qua non* para que haja a liderança e a ordenação da sociedade. A noção de legitimação surge a partir de duas funções: “assegurar a ordem e a paz na comunidade jurídica do Estado [...] e pôr à disposição uma ordem comunitária justa em que os indivíduos logram a realização pessoal”<sup>56</sup>.

---

<sup>56</sup> ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado**, p. 150.

Consiste a legitimidade na medida de aceitação do chefe ou do conselho pelos componentes do grupo social, ou a medida de aceitação das ordens (enunciados de organização) por eles emanadas. Ilegítima é a pretensão de poder de articulação política em que não há aceitação pelo corpo social, ou cuja aceitação seja mínima; o legítimo é, portanto, o poder político cuja aceitação seja máxima.

O fundamento da legitimidade pode se dar de diversas formas, a depender das condições climáticas, da história e da evolução das sociedades. Paulo Bonavides<sup>57</sup>, apoiando-se nas lições de Max Weber, aponta três formas básicas de manifestação da legitimidade, quais sejam: a carismática, a tradicional (ou divina), e a legal (ou racional).

A legitimidade carismática pressupõe a aceitação pelo afeto e lealdade que a sociedade mantém para com o líder, podendo ser em decorrência dos feitos praticados por ele, ou que dizem ter praticado (atuação dos profetas nas comunidades), após sucessos em guerras ou atos semelhantes, ou também em decorrência do reconhecimento de suas virtudes, por preocupar-se com as necessidades do povo, e, em consequência, com a promoção de seu bem-estar. Esse chefe é em parte forte em suas atitudes, sábio em suas decisões e persuasivo em seus argumentos. Não se pode negar que até mesmo nos Estados Democráticos de Direito contemporâneos, a o carisma contribui como fator de legitimação política de certo candidato em detrimento de outro.

Já a legitimidade tradicional pressupõe a aceitação pela tradição, pelo respeito e temor da sociedade, porque o líder ou tem natureza divina, ou é investido no poder pelo deus daquela comunidade. Percebida imediatamente no Egito Antigo, em que o faraó era considerado filho do deus Rá (deus do sol), e também no Sacro Império Romano Germânico, em que o imperador era investido por Deus no poder. O chefe sempre se encontra em coligação com a autoridade religiosa da comunidade, a qual confirma a divindade do indivíduo ou da investidura.

Por fim, a legitimidade legal é garantida por meio de disposições em lei, pressupondo a aceitação da sociedade pela razão e pelo consenso. Característico das sociedades ocidentais modernas e contemporâneas, por ela o poder está fundamentado na legislação (Constitucionalismo), e a flexibilidade das ordenações é mais constante, por alterações legislativas, se comparada com a legitimidade tradicional, ligada aos costumes.

---

<sup>57</sup> **Ciência política**, p. 117-118.

Apesar de tratar acerca da soberania do Estado, Hans Kelsen<sup>58</sup> retrata de forma bastante elucidativa a legitimidade legal:

A ‘autoridade’ costuma ser definida como o direito ou poder de emitir comandos obrigatórios. O poder efetivo de forçar os outros a certa conduta não basta para constituir uma autoridade. O indivíduo que é, ou que tem, autoridade deve ter recebido o direito de emitir comandos obrigatórios, de modo que os outros sejam obrigados a obedecer. Tal direito ou poder pode ser conferido a um indivíduo apenas por uma ordem normativa. Desse modo, a autoridade, originalmente, é a característica de uma ordem normativa.

A legitimidade do poder político é requisito necessário para que se possa falar em soberania; somente a partir dessa distinção das formas de legitimidade que se divisarão os fundamentos da soberania. Mas aquela não é suficiente, porquanto é possível se falar em mais de um poder político legítimo, quando se depara com as sociedades mais avançadas, em que há um verdadeiro complexo de relações sócio-econômicas, e, dessa forma, vários centros de organização. Assim, para qualificar o soberano, é preciso que, além de ser legítimo, o específico poder político seja superior aos demais poderes presentes no complexo social, de forma a diferenciar o Estado dos demais agrupamentos sociais.

Uma outra condição ainda é essencial para conceber-se a legitimidade. Demonstra Zippelius<sup>59</sup> que a legitimação está diretamente ligada à questão da participação política democrática, ao concluir que “o poder do Estado, só será, pois, considerado legítimo se procurar realizar sua função ordenadora e compensadora, com base no máximo consentimento e participação possível de todos”.

### 3.2 Histórico das teorias da Soberania<sup>60</sup>

Os cientistas políticos costumam dizer que na Antiguidade os povos não conheceram a soberania, no sentido de que, na Grécia Antiga, Aristóteles falava em autarquia da *pólis* grega, expressão com sentido diverso, a entender que cada cidade-estado era auto-suficiente e garantia a plena participação política. Em Roma, por sua vez, também não se

<sup>58</sup> **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 544-545.

<sup>59</sup> **Teoria geral do estado**, p. 150.

<sup>60</sup> Sobre o tema, cf. ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. **Teoria política da soberania**. Belo Horizonte: Malheiros, 2001, p. 49-89; BONAVIDES, Paulo, **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 123-125; DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 64-67; FERREIRA, Luís Pinto. **Teoria geral do estado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1975, v. 1, p. 214 e ss.; ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado**. Tradução Karin Praefke-Aires Coutinho. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, § 9 II e III, p. 71-82.

escreveu nada similar à soberania. Todavia, entendemos que o fato de não se ter teorizado acerca da soberania na Idade Antiga não significa que ela não haja existido. Robora nossa compreensão Pinto Ferreira<sup>61</sup>, para quem “a soberania, como fato inter-humano, é um dado inicial da sociologia: existe onde há poder de decisão em última instância, mesmo entre comunidades primitivas. Como fato, existe uma soberania difusa nas protoformas de Estado, há um poder coativo supremo”.

Ora, na Grécia Antiga, os cidadãos gregos eram a minoria rica da pirâmide social, daí porque seria estranho falar em divergências, já que seus interesses eram comuns. Encontrando-se na base da pirâmide os escravos, quer queira quer não, exerciam eles certa influência ou contraforça na tomada de decisões por parte dos gregos. Noutro aspecto, não se deve deixar de considerar os demais impérios daquela Idade (como o Egito Antigo, alguns dos diversos reinos da Mesopotâmia, o Império Persa etc.), que impunham sua autoridade internamente e eram levados em consideração ou respeitados externamente.

Também na Idade Média, se diz que não haveria soberania, apesar de que poder-se-iam considerar os feudos como espaços soberanos, em que o senhor feudal garantia a proteção dos súditos, destacando a proteção externa, em troca da regulamentação social e tributária, no âmbito interno. Mas, tanto nesta quanto naquela Idade, a noção de soberania neles encontrada não é a mesma noção, nem possui as mesmas características, da soberania clássica, criada pelos teóricos do renascimento. Senão vejamos.

Na crise da Idade Média, séculos XI, XII e XIII, com a formação dos burgos, o conseqüente enfraquecimento do poder dos feudos, e a influência dos estamentos (clero, nobreza e burguesia ascendente) na sociedade feudal, diante do conflito de sistemas sociais, os príncipes passaram a exercer certa influência, no sentido de organizar os diversos feudos que possuíam certas características em comum, diante do clima de tensão que se encontravam as forças sociais, e também com o intuito de uniformização de pesos, medidas e moedas. Através de certos acordos com as classes, em especial a Igreja, grande detentora de terras e de poderes, o príncipe passava gradativamente a deter a legitimidade, nesse aspecto, com autorização da Igreja, que atribuiu a ele a investidura divina do poder. Conforme salienta Pinto Ferreira<sup>62</sup>, “Sociologicamente, a primeira metade do século XIII pode ser considerada como instante supremo da história papal do medievo, das pretensões temporais da Igreja”.

---

<sup>61</sup> **Teoria geral do estado**, p. 215.

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 217.

Nessa perspectiva, sem menoscabo dos teóricos e das idéias que já influenciavam a sociedade feudal, uma das manifestações teóricas mais marcantes a respeito do poder estatal data do século XIV, com Marsílio de Pádua. Naquela época, certos estados absolutistas, já consolidados, ainda deviam certa submissão às ordenações da Igreja, encabeçada pelo Papa. Não se podia falar em Estado soberano. Marsílio, natural de Pádua, vai morar em Paris, onde conhece outros estudiosos, no período compreendido pela luta travada entre o Papa Bonifácio VIII e o rei Filipe IV, o belo, que queria declarar a independência francesa da Igreja.

Fundamentando-se nas escrituras bíblicas, sua obra *Defensor Pacis* (1324) é a primeira tentativa de “formular uma explicação secular para a razão de ser do Estado e dos seus fundamentos de legitimação, prenunciando [...] a separação entre moral cristã e o exercício do governo dos homens, [...] em moldes profundamente democráticos”<sup>63</sup>. Argumentava, por exemplo, que a Igreja deveria seguir os ensinamentos de Jesus, ao afastar a intervenção de Deus nas questões concernentes a César, não intervindo nas questões políticas dos reinados de então.

Marsílio de Pádua pode ser considerado como o mais audaz defensor da concepção democrática de uma noção embrionária da soberania de sua época, ao enfatizar que a vontade popular deveria sobrepor-se às vontades da Igreja e do governante. Marsílio de Pádua não vê nenhuma origem divina no poder soberano, o que, portanto, autorizaria o afastamento de qualquer ingerência da Igreja nos desígnios da sociedade e do governante.

Já no início do século XVI, um outro teórico de grande relevância vai disciplinar uma série de recomendações ao príncipe. Trata-se de Maquiavel, que, sob influências do período histórico italiano, em que se encontravam diversos principados no território que hoje corresponde à Itália, em constantes lutas internas e externas, e pela influência mais marcante da Igreja, em sua obra máxima, *Il Principe* (1513), defende que o príncipe deve ser forte e temido pelos súditos, para que seu poder seja então reconhecido; que deveria reunir a astúcia da raposa com a coragem do leão. Segundo Newton Albuquerque<sup>64</sup>, “Maquiavel, apesar de sua defesa contingente e transitória do centralismo autoritário, nunca olvidou suas convicções republicanas”, pretendendo conceber a lei não como manifestação do poder divino sob o soberano, mas como uma construção feita por todas as parcelas da sociedade. Maquiavel pretendia pôr fim à tradição medieval da legitimidade consuetudinária, de natureza teológica.

---

<sup>63</sup> ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. **Teoria política da soberania**, p. 61.

<sup>64</sup> Ibid., p. 69.

Em meados do século XVI, durante a guerra dos huguenotes, e a luta entre os estamentos e o rei da França, Jean Bodin despontou em relação ao tema, sendo o responsável pela consolidação do termo soberania (em francês, *souveraineté*), e o maior tratadista do tema no período renascentista, por vezes considerado o primeiro teórico desse instituto. Em seu *Les six livres de la republique* (1576), Bodin teoriza a respeito do poder soberano, numa concepção perpétua, diferentemente de Maquiavel. Em seus argumentos, sustenta que o fundamento da soberania do monarca está em que ele se qualifica como mero executor das leis e da vontade divinas, e que, portanto, tinha seu poder limitado pelo direito divino; ou seja, se o monarca violasse as regras divinas, poderiam os governados insurgir-se contra ele, sob o fundamento legal divino.

Com Bodin, a soberania foi considerada pela primeira vez como caráter fundamental do Estado; define a República como o “justo governo de muitas famílias, e do que lhes é comum, com poder soberano”<sup>65</sup>. Para ele, a soberania consistia em duas noções: “negativamente em estar liberado ou dispensado das leis e dos usos do Estado; positivamente, [...] no poder de abolir ou criar leis”<sup>66</sup>; seria, assim, o “poder absoluto e perpétuo de uma República”<sup>67</sup>, pois que, “se alguém receber o poder absoluto por um tempo determinado, não se pode chamar soberano, pois será apenas depositário e guarda do poder”<sup>68</sup>. Além de absoluto e perpétuo, a soberania também seria independente, sob o ponto de vista interno e externo, e indivisível, argumentando pela impossibilidade de constituições mistas.

Para o teórico francês, somente se poderia falar em Estado (ou República) quando essa fosse soberana, e ela somente poderia ser identificada quando houvesse as seguintes marcas distintivas, resumidas por Pinto Ferreira<sup>69</sup>:

- a) ‘o poder de dar a lei a todos em geral e a cada um em particular... sem o consentimento do maior, semelhante ou menor que ele’ [...]; b) o poder ‘de decretar a guerra ou negociar a paz’ [...]; c) o poder ‘de instituir os principais funcionários’;
- d) a ‘última instância’ [...]; enfim, e) o ‘poder de conferir graça aos condenados acima das sentenças e contra o rigor das leis’.

Bodin afastou-se da soberania popular, porque, nesse caso, “faltaria um chefe dotado de poder soberano que estabelecesse a unidade entre todos”<sup>70</sup>; e reforçou a tese de que

<sup>65</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**, p. 125.

<sup>66</sup> ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução Alfredo Bosi. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 911.

<sup>67</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**, p. 65.

<sup>68</sup> Ibid., p. 66.

<sup>69</sup> **Teoria geral do estado**, p. 273.

a soberania somente poderia ocorrer numa monarquia, independentemente de quem a representasse, permitindo, dessarte, a utilização de seus estudos para reforçar o caráter divino do poder do monarca, mas afastado da intromissão indevida da Igreja. Sua teoria foi de grande influência para a formação dos Estados absolutistas modernos, que precisavam se impor perante a Igreja, configurando-se como a “convergência entre a teorização favorável a um deslocamento do poder difuso na sociedade medieval para o Estado e o movimento concreto de fortalecimento da autoridade régia, com o debelamento das guerras dinásticas travadas”<sup>71</sup>.

Conferir o poder ao monarca foi o primeiro passo, de ordem a afastar a influência papal nos desígnios da sociedade. Todavia, o monarca, aliado ao clero e à nobreza, de posse da autoridade soberana, não soube administrar seu poder, abusando dele em favor daqueles estamentos. Na Inglaterra, em meio a distúrbios constitucionais, com os reinados de Jaime I e Carlos I, seguido à ditadura de Oliver Cromwell, e com Jaime II, e em França, mais tarde, com Luís XVI, necessitou-se contra-argumentar a noção. É nessa perspectiva que ressurgem as teorias da soberania popular, com especial destaque para Hobbes e Locke na Inglaterra e Rousseau na França.

Para Thomas Hobbes, em seus *De Cive* (1651) e *Leviathan* (1651), os homens, no estado de natureza, viviam isolados, e o elemento permanente consistia numa guerra de todos contra todos, em que o homem era lobo do próprio homem. A “inexistência de sujeito que conseguisse amalgamar a nação era consequência da liberdade absoluta dos homens no estado natural”<sup>72</sup>, indicando-se, assim, que, no estado de natureza, os homens possuíam o pleno direito de liberdade. Assim, numa visão antropomorficamente negativa, a sociabilidade não poderia ser considerada inata, dado que implicava renúncia desse direito de liberdade. Para evitar o prosseguimento dessa guerra, por anseios de ordem e paz, e com vistas a garantir o progresso da humanidade, os indivíduos teriam que celebrar um contrato social, transferindo todo poder e força para um ou vários indivíduos, criando-se, com isso, o poderoso Leviatã, o deus mortal. Com objetivo de proteger a sociedade dos inimigos internos e externos, ao Leviatã seria atribuído o poder soberano, e os indivíduos permanecem incondicional e irrevogavelmente súditos do titular do poder.

Nesse sentido, segundo Hobbes, a autoridade somente poderia ser concebida pelo consentimento dos demais; a sede de todo poder estaria concentrada nos homens. O

---

<sup>70</sup> BODIN apud ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado**, p. 76.

<sup>71</sup> ALBUQUERQUE, Newton. **Teoria política da soberania**, p. 71-72.

<sup>72</sup> Ibid., p. 77.

contratualismo é marco essencial da soberania popular. E ao Estado cumpriria afirmar seu poder, restringindo a autonomia do indivíduo. Concebida a teoria de Hobbes no período da guerra civil, o Estado deveria ser forte o suficiente para apaziguar as animosidades naturais do homem, mau por natureza. Não obstante baseado na soberania popular, mas, por sustentar o vigor do soberano, Hobbes acaba se tornando “o expoente cultural do absolutismo estatal da monarquia inglesa. Inconscientemente, pôs-se ao serviço do absolutismo”<sup>73</sup>.

A ciência de John Locke, por outro lado, em vez de fundamentar o direito natural na liberdade, vai ter como base principal o direito natural à propriedade, aliado ao de liberdade. Em seu *Treatise of Civil Government* (1690), expondo em favor da Revolução Gloriosa (1688), encabeçada por Guilherme de Orange, os homens se uniriam através de um contrato social, de forma a que a autoridade deveria proteger os direitos à vida, à liberdade, e à propriedade da população. O governo, em sua concepção, é apenas um mandatário do povo, verdadeiro soberano; qualquer rivalidade entre ambos restaria vencedora a vontade da nação. Precisas as palavras de Pinto Ferreira<sup>74</sup>: “Locke acentua o liberalismo democrático e constitucionalista, que se fez praticamente sistema de vida na Inglaterra, desde 1688, com a inauguração do parlamentarismo, que ainda hoje perdura”.

O contratualismo vai ter seu apogeu somente no século seguinte, com as lições de Jean-Jacques Rousseau. Sua obra mais importante, *Du Contrat social ou Principes du droit politique* (1762), foi um marco para o fomento do revolucionário francês, no período de instabilidade financeira por que passava a França, devido à prodigalidade, imoralidade e arbitrariedade no âmbito do rei e nobreza, e, para os súditos, paternalismo e miséria. Segundo Rousseau, o homem, no estado de natureza, vivendo isoladamente, em independência absoluta, era essencialmente bom; a união, consolidada no contrato social, pela renúncia de parcela de sua liberdade, era necessária para que os homens pudessem enfrentar as adversidades naturais; mas a sociedade corrompia o homem. Disso decorre que o soberano seria o povo, bom por natureza; cada indivíduo teria uma parcela de soberania, mas que não poderia gerar, por si só, o poder soberano, mas somente na coletividade. Escolhidos pelo povo, ou pela maioria deste, os governantes seriam representantes da coletividade, a garantir os interesses dela; ao povo caberia a fiscalização da atuação do representante. Sustentou, ainda, a noção de inalienabilidade, indivisibilidade e irrenunciabilidade do poder soberano.

---

<sup>73</sup> FERREIRA, Luis Pinto. **Teoria geral do estado**, p. 256.

<sup>74</sup> Ibid., loc. cit.

Para nós, Rousseau foi quem teve a percepção mais adequada e claramente exposta da soberania: ela só pode ser legitimada com a concordância da sociedade, ou ao menos por sua maioria; o verdadeiro poder soberano estaria incrustado em cada indivíduo, e o governante seria somente o representante do poder. Feliz é a percepção de Fábio Konder Comparato<sup>75</sup>, quanto à noção de soberania absoluta da vontade popular, de que “o pensamento do grande genebrino, sobre este ponto, era muito mais complexo e profundo do que os exaltados *montagnards* podiam supor”. Defendia que a vontade geral nem sempre deveria predominar sobre as vontades privadas, uma vez que, se os povos são virtuosos na juventude, o tempo corrompia a sociedade. Arremata Comparato<sup>76</sup>:

Não há, pois, maior contra-senso interpretativo do que afirmar, como se faz comumente, que o princípio da soberania absoluta do povo tem origem em Rousseau. Na verdade, ele, que sempre foi um moralista, preocupado antes de tudo com a reforma dos costumes, descrevia completamente de qualquer remédio jurídico para os males da humanidade.

Com a Revolução Francesa, afastando-se a noção de soberania popular, a Constituição da França de 1791 consagrou a soberania nacional como fundadora do Estado francês, não podendo nenhuma parte do povo ou qualquer indivíduo atribuir-se o exercício. A Constituição trouxe a intenção burguesa da soberania: não se deveria deixar a soberania ao elemento povo, porque poderia gerar certa instabilidade na sociedade; havia o temor de o proletariado continuar com a revolução por conta própria, em face até mesmo da burguesia. Para Pinto Ferreira<sup>77</sup>, “Pode-se entretanto afirmar que a diferença entre ambas as concepções reside apenas na atribuição da soberania à nação ou ao povo. Nação e povo constituem dois momentos de uma única realidade, de acordo com a intensidade de integração cultural”.

Já no final do século XIX e início do século XX, outras teorias de relevo foram lançadas, com destaque para os teóricos tudescos. Com Georg Jellinek, e seu *Allgemeine Staatslehre* (1900) ocorreu o desprendimento da soberania como característica essencial dos Estados; para ele, havia alguns Estados que não eram soberanos, a exemplo da Alemanha, que, composta de diversos Estados-membros outrora soberanos, abdicaram de suas soberania para adquirirem força maior, face às demais nacionalidades. Nesse diapasão, pode-se ter como consequência das impressões de Jellinek, quando Reinhold Zippelius<sup>78</sup> diz que “Hoje em dia

<sup>75</sup> Apresentação em MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. 3. ed. Tradução Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 25.

<sup>76</sup> Ibid., p. 27.

<sup>77</sup> **Teoria geral do estado**, p. 250.

<sup>78</sup> **Teoria geral do estado**, p. 85.

têm capacidade de direito internacional [...] até Estados membros de Estados federais [...] se tal for previsto na constituição da federação”.

Ademais, para ele, a noção de soberania deveria se desprender de questões relativas a povo ou nação. A soberania passaria a ser do Estado. Aliou-se Jellinek à corrente jurídica da soberania, em que não trazia a titularidade do poder soberano a qualquer sujeito, mas somente na pessoa jurídica do Estado, regulado pelas normas a que se submete (a Constituição, em última instância). Jellinek, reconhecidamente, foi um dos maiores tratadistas acerca da soberania, ao lado de Bodin e Rousseau.

Além dele, Kelsen também cuidou de trazer seu contributo à soberania. Levando ao extremo a concepção jurídica da soberania, em suas obras *Allgemeine Staatslehre* (1925) e *General Theory of Law and State* (1945), a soberania também seria do Estado, mas este equivaleria ao sistema de normas jurídicas. Conclui, portanto, que somente pode ser soberano o ordenamento jurídico nacional, limitado aos âmbitos de validade pessoal (os sujeitos a que se submetem), territorial (o âmbito do território do Estado), temporal (relativo à eficácia das leis no tempo) e material (quanto ao conteúdo jurídico). Em seu raciocínio<sup>79</sup>,

O indivíduo que é, ou que tem, autoridade deve ter recebido o direito de emitir comandos obrigatórios, de modo que os outros sejam obrigados a obedecer. Tal direito ou poder pode ser conferido a um indivíduo apenas por uma ordem normativa. Apenas uma ordem normativa pode ser ‘soberana’, ou seja, uma autoridade suprema, o fundamento último de validade das normas que um indivíduo está autorizado a emitir como ‘comandos’ e que os outros são obrigados a obedecer.

Com a concepção jurídica extremada de Kelsen, a lei passa a ser adorada, como uma espécie teológica. A falha da concepção jurídica consiste precisamente na exacerbação da formalidade jurídica; garantir ao direito a soberania, sem, contudo, trazer fatores políticos, econômicos e sociológicos como questão de estudo, esvazia a teoria de qualquer conteúdo. A noção de soberania nas leis tem sua valia, na garantia da igualdade de tratamento aos cidadãos, da consolidação dos direitos decorrentes das lutas sociais, bem como da própria limitação do titular ou do representante do poder soberano, tendo como referência máxima a Constituição. Em sentido análogo, Zippelius<sup>80</sup>, ao expor que “o problema da legitimação [leia-se, por consequência lógica, soberania] não pode reduzir-se nem ao princípio da generalidade da lei nem a questões procedimentais”.

<sup>79</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**, p. 54-55.

<sup>80</sup> **Teoria geral do estado**, p. 155-156.

Praticamente no mesmo período (do final do século XIX à metade do século XX), o pluralismo político, a criação da Sociedade das Nações e da ONU, e as Grandes Guerras provocariam outras concepções da soberania. Assim, podem ser encontradas concepções decisionistas, que equiparam o poder estatal com o poder de decisão em última instância, e a soberania estaria justamente no poder de decidir na ocorrência de lacunas (Hermann Heller), ou, em extremo, que descrevem a soberania como “um poder de tomar decisão política a respeito de situações absolutamente excepcionais ou anormais não previstas pelo direito”<sup>81</sup>, sendo, assim, soberano, aquele que decidisse no estado de exceção, não necessitando de legitimação ou justificação pelo Direito (Carl Schmitt); concepções negativistas, com a finalidade de superar o dogma da soberania absoluta, pela força do direito das gentes (Politis), ou pela inexistência de uma vontade concreta da nação, e, conseqüentemente, do Estado, senão dos indivíduos, a ensejar a inexistência de soberania a um corpo sem vontade, afastando-se a noção jurídica do poder legitimado, para qualificá-la como fato social (Léon Duguit); ou ainda concepções pluralistas, pelas quais a soberania estatal não é uma qualidade arbitrária, “pois submetida a regras de direito e limitada pelos fins das coletividades e grupos sociais existentes na comunidade estatal, bem como pela competência dos Estados estrangeiros”<sup>82</sup>, trazendo a soberania para os grupos sociais e coletividades, e inclusive ao indivíduo, na medida de suas competências (Marcel de la Bigne de Villeneuve).

Todas elas, de uma forma ou de outra, tiveram a pretensão de acabar com o dogma da soberania absoluta do Estado, apresentando diversas limitações que ele já enfrentava ou passou a enfrentar no século XX. A relativização da soberania das monarquias e até mesmo das repúblicas foi essencial para a formação das Constituições garantidoras dos direitos sociais, da intervenção do Estado na economia, na cultura e no social.

### 3.3 Limitações à Soberania<sup>83</sup>

A despeito de ter Bodin defendido que a soberania é o poder absoluto e perpétuo, superior a todas as demais forças na sociedade, ele próprio sustenta a existência de limitações ao poder soberano. Aliás, em todas as épocas, a noção de soberania, pelos estudiosos, sempre esteve limitada de certa forma. Com Bodin, principal teorizador, limitou-se o poder soberano

<sup>81</sup> FERREIRA, Luís Pinto. **Teoria geral do estado**, p. 312.

<sup>82</sup> Ibid., p. 327.

<sup>83</sup> Sobre o tema, cf. BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. Tradução Marco Aurélio Nogueira 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra S.A., 1997, p 93-104; SALVETTI NETTO, Pedro. **Curso de teoria do estado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 163-165.

pelas leis divinas, pelo direito natural, e pelas diversas leis humanas comuns a todas as pessoas (*plusieurs loix humaines communes à tous peuples*). Para ele, a soberania do Estado não poderia “ser tão ampla ao ponto de excluir uma vinculação a contratos”<sup>84</sup>.

Para Hobbes, Locke e Rousseau, o soberano ou seu representante estavam limitados pelo direito natural; pelo fictício contrato social a que se referiam, que teria concedido o poder ou a representação ao monarca; e pela vontade geral ou nacional.

Já para Kelsen, quem identificava no Estado o ordenamento jurídico, além dos limites de validade espacial (dado o território de aplicação do ordenamento) e pessoal (dimensão do povo dentro do território), haveria a existência de outras duas espécies de limites, a saber: “os limites de validade temporal, pelo qual uma norma qualquer tem uma validade limitada no tempo que transcorre entre o momento da emanção [...] e o momento da ab-rogação”<sup>85</sup>; e os limites materiais, relativos a ordenações possíveis (afastando aquelas ordens que determinassem, v.g., que o homem passaria a ser mulher), e, de outra sorte, “matérias que podem ser reconhecidas como indisponíveis pelo ordenamento, como acontece em todos aqueles ordenamentos em que está garantida a proteção de alguns espaços de liberdade, representados pelos direitos civis, nos quais o poder estatal não pode intervir”<sup>86</sup>.

Pode-se dizer que as limitações à soberania, em verdade, são limites ao titular do poder, ou de quem o represente, mais do que limites à própria noção de soberania. Evita-se, com as limitações à soberania, que o detentor do poder estatal possua ampla liberdade de ingerência, por medida de proteção à sociedade. Aliás, defendemos que a limitação, ainda que de cunho meramente psicológico, é condição essencial para a formação da soberania, pois, evitando-se abusos de poder por parte dos governantes, somente assim se poderia conceber a aceitação e a legitimidade populares necessárias para se configurar a soberania.

Com efeito, uma vez que a soberania possui um duplo aspecto (interno e externo), é possível dividirem-se os limites ao poder soberano em dois tipos: limitações internas e limitações externas. Se adotarmos em parte a classificação de Pedro Salvetti Netto<sup>87</sup>, os limites podem ser divididos em mais dois tipos, a saber, limites políticos e limites jurídicos.

Como limitação interna política, tem-se, primariamente, como exemplar único, o princípio da separação dos poderes, formulada por Montesquieu. A necessidade de separação,

<sup>84</sup> ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado**, p. 75.

<sup>85</sup> BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**, p. 95.

<sup>86</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>87</sup> **Curso de teoria do estado**, p. 163-165. O autor menciona ainda limitações sociais, mas se confunde ao enquadrar neles os direitos sociais, que acabariam entrando nas limitações jurídicas.

mas verificada a interdependência e o controle entre si dos poderes (executivo, legislativo e judiciário), mediante o sistema dos pesos e contrapesos (*checks and balances*), apresenta-se como fator marcante para a limitação, em especial, do poder executivo, garantindo que não ocorra a supremacia e abuso de poder de qualquer um deles. Nesta classificação, ainda, poder-se-ia acrescentar algumas das limitações apontadas por Kelsen, incluindo as limitações espaciais, pessoais e temporais, porque estariam diretamente ligados à gestão do Estado.

Já por limitações internas jurídicas se pretende entender aqueles conteúdos inatingíveis ou invioláveis pelos detentores do poder ou seus representantes. Todavia, não se vai resumir tão-somente aos direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição. O próprio processo de constitucionalismo é que importa na limitação do soberano, seja pela presença de cartas de direitos fundamentais (a exemplo da *Magna Charta Libertatum*, do rei João Sem-Terra), seja pela atribuição de competências específicas aos poderes (como, v.g., o princípio da reserva legal). Os direitos fundamentais consagrados nas Constituições dos países vão surtir efeitos não apenas para o chefe do Estado, mas também para as relações privadas (horizontalidade dos direitos fundamentais), suscitando verdadeiras limitações ao titular do poder soberano nos Estados Democráticos, o povo. Incluem-se nesses direitos fundamentais, direitos civis e políticos; sociais, econômicos e culturais; e difusos.

A limitação externa política à soberania de um Estado encontra-se justamente onde começa a soberania de outro Estado. Normalmente vinculado ao âmbito territorial, o poder soberano não possui ingerência na esfera de atuação de outro poder reconhecidamente soberano, já que, pela própria noção de soberania, não é possível que se tenham duas em um mesmo território para um mesmo povo.

E, por último, mas não menos importante, a limitação externa jurídica à soberania encontra-se na instituição da Organização das Nações Unidas; mais precisamente, com a instituição de diversos tratados que versam sobre assuntos que inicialmente eram de competência dos Estados-parte, entre eles acordos econômicos e, principalmente, cartas de direitos humanos. Por ser esta limitação a mais recente, e diante da existência das demais, não se pode sustentar que a instituição da ONU representaria a maior limitação.

Se ratificados esses documentos pelo Estado, nada mais significa senão que a autoridade soberana (em tese, o povo) reconhece a importância e a relevância dos direitos ali protegidos, e os incorpora como limitação ao representante e até mesmo à sociedade. De outra sorte, se o Estado não ratifica o documento, ainda assim há possibilidade de a ONU fiscalizar a proteção dos direitos, sendo esta uma tendência mais atual no âmbito da ONU. Mesmo

assim, será respeitado o devido processo legal de fiscalização. Numa espécie de indução, pretende-se que, se o grande povo mundial concebe aqueles direitos como devidos às suas nações, limitando-se mais, da mesma forma dever-se-iam submeter a essas restrições os demais países do mundo. No entanto, a fiscalização e utilização dos dispositivos da Carta das Nações Unidas e de ambos os Pactos, bem como de outros tratados, deverá dar-se com mais parcimônia pela Organização das Nações Unidas.

Uma última espécie de limitação, até mais recente, precisa ser apontada. A partir da última quadra do século passado, o processo de globalização vem provocando o enfraquecimento das noções de identidade nacional, e, em consequência, de soberania estatal nacional. Com a globalização, o capitalismo atinge seu último grau de amplitude; as relações quebram os antigos padrões de espaço-tempo; a informação adquire uma velocidade inimaginável. Nesse sentido, além das limitações lógicas, políticas e jurídicas, verifica-se, de uma forma mais incisiva, a perda das soberanias econômica e fiscal dos Estados.

### 3.4 Manutenção da Soberania nos Estados<sup>88</sup>

Pretende-se, neste ponto, afastar a tese equivocada de que a criação da Organização das Nações Unidas poria em cheque a soberania dos Estados. Tese esta que pode resumir-se, sob uma perspectiva, na forma seguinte: “A soberania aparece então como uma competência outorgada ao Estado pelo direito das gentes, como uma competência conferida diretamente pelo próprio Direito Internacional Público”<sup>89</sup>, alicerçada nas considerações formuladas pela escola de Viena, com Hans Kelsen, Josef Laurenz Kunz e Alfred Verdross. Para ela, contudo, podem ser apontadas três espécies de críticas, expostas a seguir.

Uma delas parte do pressuposto de que a criação de comunidades internacionais, ou de acordos relativos a matérias específicas, seria possível mediante a atribuição de certas competências em âmbito internacional. A esse respeito, Reinhold Zippelius<sup>90</sup> disciplina quatro maneiras de atribuição de competências, graduadas da forma mais forte para a mais fraca de perda de soberania, a saber: a) “a fundação das comunidades supranacionais como um acto global de que resulta uma organização autónoma, dotada de capacidade de direito

<sup>88</sup> Sobre o tema, cf. CARPIZO, Jorge. Globalización y los principios de soberanía, autodeterminación y no intervención. UNAM. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, México, DF, v. 4, p. 117-148, 2004; ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado**. Tradução Karin Praefke-Aires Coutinho. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, § 10, p. 84-92.

<sup>89</sup> FERREIRA, Luís Pinto. **Teoria geral do estado**, p. 212.

<sup>90</sup> Op. cit., p. 91.

internacional, processo este porventura comparável à formação de um Estado federal pela união de Estados”; b) “os Estados membros teriam aberto a esta organização supranacional um âmbito de competências estatais, dentro do qual ela poderia desenvolver um poder de regulação originário, embora limitado, e susceptível em princípio de ser alargado e tendo, até, possivelmente, a primazia”; c) “Estados membros conferissem à organização por eles fundada algumas das suas competências ‘estatais’ para serem exercidas em substituição do Estado”; d) “E, finalmente, [...] as disposições emanadas das organizações supranacionais como actos de direito internacional, cuja força obrigatória, no âmbito interno, derivaria de uma transformação geral prévia ou de um ordem de execução geral prévia”.

Nesse sentido, conclui o autor que, até mesmo nas duas primeiras formas, mais fortes, a soberania do Estado ainda seria preservada, posto que a ele ainda persiste a possibilidade de renúncia ao tratado (no mesmo sentido, a possibilidade de reservas); funda-se, pois, no princípio da autodeterminação dos povos. Nos termos utilizados por Zippelius<sup>91</sup>, “os Estados membros podem conservar o poder de disposição, decisivo em última instância, que lhes permite recuperar de novo e integralmente o poder de regulação no seu território”.

De outra sorte, também se pode criticar aquela concepção pela própria noção da Organização das Nações Unidas. É da essência dessa organização a existência da pluralidade de entidades soberanas e formalmente iguais, o que seria um contra-senso propor que o Direito Internacional, pelo menos na concepção contemporaneamente proposta, possa vir a tirar a liberdade de deliberação dos Estados membros. Como menciona Jellinek, “O direito internacional existe para os Estados, e não os Estados para o direito internacional”<sup>92</sup>.

Ou, como menciona Amerasinghe<sup>93</sup>, “*A very important premise for the growth of international organization and the increase in the number of IGOs is that states have accepted obligations and considerable limitations on their powers and liberties which were a consequence of their sovereign character*”.

Uma última crítica pode ser construída, que acreditamos ser mais profunda. Um Estado somente poderia surgir, e se sustentar, por fatores de coesão social, e tal coesão social somente poderia existir diante de uma convergência de culturas, compreendidas como o complexo artístico, científico e religioso. Não obstante, pode-se argumentar em sentido contrário que há Estados que são formados por diversas culturas, como os Estados africanos e

<sup>91</sup> **Teoria geral do estado**, p. 91.

<sup>92</sup> JELLINEK apud FERREIRA, Luís Pinto. **Teoria geral do estado**, p. 315.

<sup>93</sup> AMERASINGHE, Chittharanjan Felix. **Principles of the institutional law of international organizations**. 2. ed. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2005, p. 8.

asiáticos, e o mesmo sucederia em todos os continentes, inclusive no Brasil. Mas a coesão social está justamente na convergência de culturas (individuais ou coletivas), que, se a princípio são díspares, os elementos histórico e econômico tratarão de uni-las de certa forma face às mesmas adversidades (físicas e políticas) que as diversas culturas enfrentaram no tempo. Peter Häberle<sup>94</sup> aponta que a formação do Estado alemão, com o federalismo centrípeto, ou seja, partindo-se dos Estados-membros (*Länder*) para o Estado federal (*Bundesrepublik*), conservaria a soberania cultural dos Estados-membros, porque “*sólo la cultura abre, paso a paso y escalonadamente, posibilidades de libertad*”<sup>95</sup>.

Assim, o fim da soberania dos Estados somente poderia ocorrer diante da criação de um super-Estado federal, e que os Estados-membros seriam os mesmos antes do advento daquele, em respeito à soberania cultural de cada um. Concebida tal entidade hipotética, o principal entrave, imediatamente percebido, é que, dentro dos diversos Estados-membros, encontrar-se-ia uma infinidade de culturas diversas que, por esta razão, tornaria lógica e materialmente inconcebível a criação de uma constituição para esse super-Estado federal. O constitucionalismo põe, assim, em cheque as pretensões de criação de uma unidade supranacional soberana. Para Häberle<sup>96</sup>, “*el propio Estado constitucional es un producto cultural surgido a lo largo de los siglos y que la vida del texto constitucional finalmente se inicia también a través de conceptos como ‘cultura constitucional’*”.

Somente a Constituição, ou outro instrumento equivalente, poderia definir que tipos de tratados o Estado constituído pode assinar, ou que princípios devem ser preservados. A exemplo da *Lex Fundamentalis* brasileira de 1988, pode-se encontrar como princípio fundamental da República Federativa a soberania, impedindo, com isso, que se possa ratificar um tratado que abdique a soberania nacional. Em outras palavras, os Estados hoje já consolidados (ou seja, à exceção dos Estados que estão em processo de sedimentação), importam no limite de coesão social que determinado povo, e determinado complexo de culturas, em um território podem suportar.

Com efeito, seria impossível ao hipotético super-Estado federal dispor de forma coerente numa super-Constituição de matérias, por vezes essenciais, como a estrutura administrativa e a separação dos poderes no âmbito dos Estados-membros, sem que implique

---

<sup>94</sup> Soberanía cultural en el estado federal. Desarrollo y perspectivas. Tradução Joaquín Brage Camanazo. **Estudios Constitucionales**: Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales, Santiago, Ano 4, n. 1, p. 367-407, jul. 2006, p. 367-407.

<sup>95</sup> Soberanía cultural en el estado federal, p. 388.

<sup>96</sup> Ibid., p. 391.

em reconhecer o respeito à diversidade cultural nas formas já estabelecidas a nível interno. Seria, ademais, bastante conveniente se essa hipotética Constituição Federal permitisse que os Estados regulassem em suas próprias Constituições (assim como há as Constituições Estaduais no âmbito do Estado federal) sua administração da forma que entendessem, porque, se assim o fosse, não haveria qualquer coercibilidade nessa Constituição, provocando a perda de caráter jurídico da norma emanada; não haveria, portanto, incompatibilidade com aquela constituição federal, mas a super-Constituição apenas reconheceria a liberdade (leia-se ampla autonomia ou soberania) que os Estados-membros possuem em essência. Se tal super-Constituição estabelecesse qualquer posição político-econômica, inevitavelmente causaria uma mudança em alguns Estados; e, compreendidos os Estados também como elemento cultural, implicaria a extinção da cultura, que, conforme exposto, corresponde à marca essencial do humano. Em síntese, a criação de uma super-Constituição importaria na extinção da humanidade, compreendida na diversidade cultural, no pluralismo e na democracia.

Assim, no âmbito internacional, a competência executiva, legislativa e jurisdicional somente pode vir a ser subsidiária, quando decorrente de autorizações constitucionais. Se Reinhold Zippelius<sup>97</sup> pondera que “ainda não se atingiu um ‘*point of no return*’ neste processo de dissolução da soberania de competências”, entendemos que esse “*point of no return*” nunca chegará, diante do universo de pluralismos culturais encontrados em cada nação. Destarte, entendemos que a titularidade da soberania deve permanecer com as nações, estruturadas por suas próprias Constituições, que delimitam o âmbito da atuação dos titulares do poder e de seus representantes, a nível externo, e estruturam as subdivisões políticas, ou os Estados-membros, se numa federação, a nível interno.

Outra sorte de crítica formulada à soberania estatal, no sentido de que ela estaria em cheque, tem por fundamento a força da globalização. Pela globalização, ocorre a multinacionalização de empresas, que deixam de ter um centro de produção em um Estado, mas possuem pólos diversos no mundo, adquirindo propriedades e contratando cidadãos de países diversos do seu de origem. A esse tipo de crítica, Newton Albuquerque<sup>98</sup> sustenta que, através da progressiva participação do povo nos instrumentos democráticos, em que o verdadeiro caráter soberano, de modelo popular, pode o Estado perceber mais adequadamente a intenção soberana, no sentido de proteger a identidade nacional e a autodeterminação do seu

---

<sup>97</sup> **Teoria geral do estado**, p. 91.

<sup>98</sup> **Teoria política da soberania**, p. 141 e ss.

povo. Sob tal prisma, permite-se que o Estado intervenha na economia, principalmente em âmbito internacional, através da tributação estrangeira etc.

Em conclusão, percebe-se que a soberania, apesar de ter sua essência moderna bastante mitigada pelos cientistas políticos, juristas e sociólogos, bem como pela evolução histórica da humanidade, pode ter seu conceito revisto, para que seja mantida nos Estados. Os Estados, detendo o poder de determinar as competências de atuação no seu território, permitem que o Direito Internacional, encabeçado pela ONU, possa regular e atuar em certas questões, do mesmo modo que as constituições de estados federados normalmente delimitam as competências federais e municipais. Nesse aspecto, são bastante interessantes e elucidativos os argumentos apontados por Jorge Carpizo<sup>99</sup>, defendendo a manutenção da soberania nos Estados:

*a) No se vislumbra, a corto plazo, la existencia de un Estado mundial soberano. En consecuencia, el Estado continúa siendo 'el punto de referencia y el marco obligado donde se establecen los supuestos reguladores de la vida social y donde se definen y se expresan democráticamente los principios valorativos ordenadores de la convivencia'.*

*El Estado es el actor político por antonomasia; en él se garantizan una serie de derechos relacionados con la libertad, la igualdad y la seguridad jurídica de las personas.*

*b) El Estado y su Constitución representan un principio legitimizador, el de la democracia, en cuanto sus autoridades son electas por el pueblo, y se persigue el bienestar y la protección de éste.*

*El pueblo es el único titular de la soberanía. Si no fuera así, todo sistema democrático y Estado de derecho sería realmente imposible.*

*El Estado a través de su función reguladora es el que puede ir democratizando la esfera no estatal, tales como partidos políticos, sindicatos, organizaciones religiosas.*

*c) Son los propios Estados soberanos los que deciden las materias que abarca el ámbito internacional. El Estado se reserva aspectos importantes como la inmigración, la nacionalidade, el establecimiento de aranceles y derechos de importación, mientras no decide reglamentarlos a través de un tratado internacional. Este es el campo que se ha denominado dominio reservado de los Estados.*

*d) El Estado regula actividades muy importantes de las personas, tales como el estado civil, la actividad de los tribunales, las acciones de la policía, los contratos de la naturaleza más diversa, los aspectos asociativos.*

*e) El mercado precisa necesariamente ser regulado por el Estado. [...].*

*Sin regulación alguna, la economía de mercado se volvería caótica y anárquica, y sería la semilla de su propia destrucción.*

*f) Es fundamental la defensa y protección de los derechos sociales de la índole más diversa ante los embates de la globalización. No puede haber paz social y política si la persona no cuenta con satisfactores económicos y culturales que le permitan llevar una existencia digna.*

*El Estado debe garantizar la sociedad del bienestar; salud y educación para todos, vigilando que la igualdad de oportunidades sea una realidad.*

<sup>99</sup> Globalización y los principios de soberanía, autodeterminación y no intervención. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, México, DF, v. 4, p. 117-148, 2004, p. 128-130.

*Sin Estado como árbitro y redistribuidor de bienes y servicios, imperaría la ley del más fuerte, pero al final de cuentas la historia enseña que las masas explotadas y vejadas, cuando reaccionan, demuelen ese sistema cruel y a los propios explotadores.*

*g) Las rectas administración pública y administración de justicia requieren de normas preestablecidas y precisas que otorguen seguridad jurídica. La propia globalización necesita la garantía de la regularidad de los intercambios, el buen funcionamiento de los órganos judiciales, el combate a la impunidad y a la corrupción, el funcionamiento adecuado de los organismos supervisores y vigilantes, la celeridad y oportunidad de los actos ejecutivos.*

*h) La coordinación de los diversos ámbitos competenciales y de poder público entre el gobierno nacional, los regionales y los locales o municipales. El Estado es responsable de que las relaciones entre esos ámbitos se desarrollen armónicamente para que la acción pública no se vaya a entorpecer.*

*i) La garantía de la existencia y el buen funcionamiento de servicios públicos esenciales, tales como telecomunicaciones, transporte, energía y agua, aunque sean prestados por particulares, no pueden regirse únicamente por el principio del beneficio.*

*j) El Estado es quien puede establecer los derechos e las obligaciones de las personas y los mecanismos del control del poder para asegurar las libertades a través de la Constitución, la que primordialmente es una norma jurídica con jerarquía superior a todas las otras normas de esse orden interno.*

*k) La inmensa mayoría de los individuos pertenecen a un Estado en particular no son ciudadanos del mundo, aun en el caso de que se desplacen al extranjero por razones laborales. A ese Estado es al que pueden exigirle una serie de prestaciones sociales y se encuentran bajo su jurisdicción.*

*l) Es el propio Estado el que impulsa la ampliación del derecho internacional, la creación de órganos y organismos internacionales y regionales, y el que ejerce el derecho de voto en aquéllos.*

## **4 A VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS COMO JUSTIFICATIVA PARA CONFLITOS ENTRE NAÇÕES**

A proteção dos Direitos Humanos e a Soberania devem ser concebidas como dois princípios jurídicos-políticos, a nortear o Direito Internacional. Tome-se, como ponto de referência, o disposto nos artigos 1º e 4º da Carta Política brasileira de 1988: o primeiro ao apontar como princípios da República Federativa do Brasil a soberania (inciso I) e a dignidade da pessoa humana (inciso III); e o segundo ao enumerar como princípios nas relações internacionais, de um lado, a “independência nacional” (inciso I), a “autodeterminação dos povos” (inciso III), a “não-intervenção” (inciso IV) e a “igualdade entre os Estados” (inciso V) como sucedâneos da soberania das entidades político-sociais constituídas internacionalmente; e, de outro, a “prevalência dos direitos humanos” (inciso II), e, por decorrência, a “defesa da paz” (inciso VI), o “repúdio ao terrorismo e ao racismo” (inciso VIII) e a “cooperação entre os povos para o progresso da humanidade” (inciso IX).

Visto que os direitos humanos vêm progressivamente adquirindo maior força e eficácia no âmbito das relações internacionais, com reflexo nas internas, e que o Estado, a despeito de cada vez mais perceber-se uma maior relativização do seu poder, com um alargamento das limitações, mantém-se como uma unidade essencial e soberana, por fatores históricos e sócio-culturais, a coordenação entre esses princípios tem entrado em cheque, a partir da última quadra do século XX.

Com efeito, no alvorecer do século XXI, em menos de dez anos, temos deparado com potências mundiais intervindo em Estados, a princípio soberanos, sob fundamentos que vão desde o apoio a grupos terroristas à produção de armas de destruição massiva. Intervenções estas sem a autorização do Conselho de Segurança da ONU, bastante violentas, chegando-se à intitulação de guerras, infringindo mortandades inclusive de civis, mulheres e crianças, dos países invadidos.

### **4.1 Delimitação do tema**

Para os propósitos deste trabalho, é preciso que sejam limitados os objetos de estudo. Assim, importa considerar que, em relação ao Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos, os Comitês de Direitos Humanos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais atuam na resolução das reclamações efetuadas através dos instrumentos já

apresentados anteriormente (vide 2.5). No mesmo sentido, mas na resolução judicial de controvérsias, o Tribunal (ou Corte) Penal Internacional, para crimes internacionais (crimes de guerra, crimes contra a humanidade, e crimes contra a paz) praticados por indivíduos, e a Corte (ou Tribunal) Internacional de Justiça.

Existem ainda instrumentos políticos ou policiais, reunidos no Conselho de Segurança, órgão que deverá atuar com total autonomia, buscando primeiramente a solução pacífica de controvérsias, por meio de recomendações ou por atuação própria; quando não for possível a solução pacífica, para determinar medidas preventivas e coercitivas contra os Estados, sempre que possa vir a constituir casos de ameaça à paz, ruptura da paz, e ato de agressão. Dentre as sanções que podem ser determinadas pelo Conselho de Segurança, podem ser enumeradas a interrupção das relações econômicas, dos meios de transporte e de comunicação, o rompimento das relações diplomáticas, ou, mais incisivamente, até mesmo o recurso ao uso da força. Para cumprimento de tais finalidades, cabe aos Estados-membros das Nações Unidas a prestação de força armada, assistência, direitos de passagem, entre outros, mediante acordo, que determinará o tipo de atividade e a quantidade, se for o caso. E, para medidas urgentes, devem disponibilizar contingentes das forças aéreas nacionais para uma ação coercitiva internacional.

Assim, no âmbito da estrutura administrativa da ONU, o Conselho de Segurança possui posição de preponderância na resolução de conflitos entre nações, com poderes de recomendação aos Estados e a outros órgãos administrativos das Nações Unidas. Além dele, a Assembléia Geral, mas de forma mais fraca, dado que este órgão se reúne somente durante certo período do ano, enquanto o Conselho de Segurança é permanente, e possui meios eficazes de atuação. E também, específico em relação aos direitos humanos, à Comissão de Direitos Humanos são atribuídas funções de investigação e de elaboração de tratados, assim como os Comitês de proteção dos direitos civis e políticos, e dos direitos econômicos, sociais e culturais.

O Conselho de Segurança é composto por quinze membros, sendo cinco deles membros permanentes (EUA, Rússia, Reino Unido, França e a República Popular da China). As deliberações tomadas por esse órgão dependem de aprovação de pelo menos nove membros. Todavia, quando as deliberações não são processuais, todos os membros permanentes devem aprovar a decisão a ser tomada. O artigo 27, § 3º da Carta das Nações Unidas permite que os membros permanentes possam usar o direito de veto, bloqueando as decisões do Conselho de Segurança. No âmbito dos direitos humanos, essa possibilidade de

veto, muitas vezes de cunho político, acarretando a não-intervenção da ONU em países violadores dos direitos humanos, pode, a depender da situação, vir a causar graves e desnecessários prejuízos à humanidade.

A questão que procuramos trazer para discussão é, *de lege ferenda*, saber se juridicamente, com base no sopesamento de princípios (partindo do pressuposto de que não há princípio absoluto), há possibilidade de um Estado intervir em outro com base na violação dos direitos humanos, sem a autorização do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, também conhecido como intervenção humanitária; e, se possível, em que situações tal intervenção seria cabível.

## 4.2 Autodeterminação dos Povos<sup>100</sup>

Segundo Carpizo<sup>101</sup>, “*De la noción de soberanía – tanto interna como externa – y del derecho internacional – todos os Estados poseen iguales derechos, incluida su independencia –, derivó el concepto de autodeterminación*”. A autodeterminação, decorrente do princípio da independência e da soberania das nações, seria a faceta ativa da soberania, quer dizer, é o elemento dinâmico, quando se diz em decidir (ou determinar) o futuro do país, estar-se a falar da autodeterminação.

Para Celso Mello<sup>102</sup>, a autodeterminação pode significar “direito do Estado de ter o governo e as leis que bem entender sem sofrer interferência estrangeira” (o aspecto dinâmico da soberania), “direito de uma população não ser cedida ou entregue a outros Estados sem o seu consentimento” e “direito de secessão – uma população poderia se separar do Estado a que pertence”. Ian Brownlie<sup>103</sup>, por sua vez, conceitua o direito à autodeterminação como “o direito de grupos nacionais coesos (‘povos’) de escolherem para si próprios uma forma de organização política e sua relação com outros grupos”. Ademais, a autodeterminação, nomeadamente, a dos povos, em um sentido mais democrático, designa a capacidade privativa do povo de destituir o tirano do poder (alia-se ao direito de resistência à opressão e à desobediência civil).

<sup>100</sup> Sobre o tema, cf. BROWNLIE, Ian. **Princípios de direito internacional público**. Tradução Maria Manuela Farrajota et al. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 617-620; CARPIZO, Jorge. Globalización y los principios de soberanía, autodeterminación y no intervención. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, México, DF, v. 4, p. 117-148, 2004, p. 132-135; MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, v. 1, p. 450-457; VERDROSS, Alfred. **Derecho internacional público**. Tradução Antonio Truyol Y Serra. 6. ed. Madrid: Aguilar, 1978, p. 554-556.

<sup>101</sup> Op. cit., p. 134.

<sup>102</sup> Op. cit., p. 430 e 450.

<sup>103</sup> Op. cit., p. 617-618.

A origem do termo é alemã (*Selbstbestimmungsrecht*), e vem se aplicando desde 1848; mas, sua essência é originária dos movimentos libertários da Independência dos Estados Unidos e da Revolução Francesa, cuja noção foi incluída já no início do século XIX como um dos princípios gerais do direito internacional, passando a partir de 1945 a ter caráter jurídico, além do político. A noção do princípio da autodeterminação dos povos foi, por vezes, utilizada para definir os limites territoriais dos Estados, em períodos pós-guerra. Com o fim do império Napoleônico, os embaixadores das grandes potências européias decidiram reorganizar a Europa, e, no Congresso de Viena, em 1815, foram criados vários Estados nacionais, dentre eles, Grécia, Itália, Império Alemão, Albânia, Bulgária, Montenegro, Sérvia, Romênia, Finlândia, Estônia, Letônia, Lituânia.

Todavia, já no século XX, com o fim da Primeira Guerra Mundial, salienta Verdross<sup>104</sup> que “*los tratados de paz impuestos a los Estados vencidos [...] introdujeron diversas modificaciones territoriales sin consultar a las poblaciones afectadas*”. O princípio da autodeterminação, utilizado arbitrariamente ou não-utilizado de forma alguma nesse período, sem consulta às populações, acarretou a separação de povos com a mesma língua em dois estados, e ensejou a luta diplomática pela recuperação dos territórios. O mesmo problema não ocorreria após a Segunda Guerra Mundial. Pela carta do Atlântico de 1941, os Estados Unidos e o Reino Unido declararam não desejar modificações territoriais que pudessem resultar incompatíveis com o legítimo interesse dos povos, recuperando a noção do princípio da autodeterminação.

A autodeterminação gerou uma celeuma tanto entre doutrinadores quanto entre países, estes especialmente no âmbito das Nações Unidas. Em sua carta, os artigos 1º, § 2º, e 55 mencionam expressamente o “respeito ao princípio de igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos”. No mesmo sentido, os Pactos dos Direitos Cíveis e Políticos, e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no artigo 1º, que assim dispõem:

1. Todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.
2. Para a consecução de seus objetivos, todos os povos podem dispor livremente de suas riquezas e de seus recursos naturais, sem prejuízo das obrigações decorrentes da cooperação econômica internacional, baseada no princípio do proveito mútuo, e do Direito internacional. Em caso algum, poderá um povo ser privado de seus meios de subsistência.
3. Os Estados partes do presente pacto, inclusive aqueles que tenham a responsabilidade de administrar territórios não-autônomos e territórios sob tutela,

<sup>104</sup> **Derecho internacional público**, p. 555.

deverão promover o exercício do direito à autodeterminação e respeitar esse direito, em conformidade com as disposições da Carta das nações unidas.

Celso Mello<sup>105</sup>, com supedâneo em Antonio Cassese, aponta diversas posições, inclusive conflitantes. Uma delas, de Lenine, em 1916, já defendia a aplicação do princípio da autodeterminação dos povos a: “a) grupos étnicos e nacionais; b) [...] após conflitos militares para alocar territórios disputados [como ocorreu no Congresso de Viena]; c) a territórios coloniais”. Já Woodrow Wilson o entendia aplicável em relação à Europa Central, para evitar uma nova guerra, e inaplicável em relação a territórios coloniais. Neste último sentido, entendia também Churchill. Na ONU, tal princípio é compreendido como de aplicação gradual, acarretando formação de novos Estados, para “a) populações que vivem no interior dos estados soberanos; b) populações que não atingiram a independência; c) populações sob ocupação militar”, bem como em territórios coloniais.

Pode-se ainda afirmar que, no âmbito das Nações Unidas, a autodeterminação dos povos tem praticamente sido aplicável somente aos processos de descolonização, dos países africanos e asiáticos, no período pós-guerra, e também às lutas de emancipação de nações minoritárias, mais presentes na Europa, com respeito aos combatentes (*freedom fighters*). Com relação à primeira situação, podem apontar-se como resultados a Declaração sobre a Concessão de Independência aos Países e Povos Coloniais, adotada em 1960 pela Assembléia Geral, e a Declaração sobre os Princípios de Direito Internacional Relativos às Relações Amigáveis, em 1970, ambas com reflexos em resoluções e cartas. Todavia, há alguns entraves que muitas vezes impossibilitam estas práticas libertárias.

O primeiro deles diz respeito à compreensão da autodeterminação como um princípio mais político do que jurídico, em que as influências dos países mais fortes são preponderantes para a secessão e criação de novos Estados. Celso Mello<sup>106</sup>, com apoio em Charpentier, aponta os seguintes casos:

- a) a independência de Bangladesh foi possível porque ela recebeu apoio da Índia; b) o fracasso de Biafra foi porque a Nigéria teve o auxílio da Grã-Bretanha e da URSS; c) em 1967 a Grã-Bretanha fez um referendo em Gibraltar, que votou para continuar com ela, mas a ONU condenou o mencionado referendo; d) Mayotte por três vezes votou para ficar com a França, mas foi obrigada a integrar a República de Comores.

<sup>105</sup> **Curso de direito internacional público**, v. 1, p. 451.

<sup>106</sup> *Ibid.*, p. 452.

Um segundo entrave concerne à limitação territorial à autodeterminação. Diz-se que a autodeterminação dos povos não pode, em tese, violar a integridade territorial do Estado, chegando ao ponto de afirmar-se que “as minorias não possuem o direito de autodeterminação”<sup>107</sup>. Todavia, a autodeterminação tem sido aplicada às colônias, tendo em vista que se tratavam muitas vezes de territórios não autônomos, mas que era possível sua delimitação territorial. Para elas, era aplicada a teoria da água salgada (com origem no século XVI, para a independência das colônias americanas), onde a conexão entre o Estado colonizador e a colônia era ficta, não havia uma continuidade territorial. No entanto, o princípio da autodeterminação também foi utilizado na extinta União Soviética, com a independência dos países do Leste Europeu. Poder-se-ia interpretar aquela situação como uma espécie de colonização, mas os territórios eram contíguos; não obstante, podiam ser facilmente destacados, já que em outros tempos foram Estados próprios. O Direito Internacional proíbe a secessão, e, para a ONU, deve-se fomentar o direito de autodeterminação, mas sem que isso implique em esfacelamento territorial do Estado.

A despeito desse argumento, defendemos a possibilidade de se compatibilizar a autodeterminação dos povos com a integridade territorial, mediante um sopesamento desses princípios, chegando-se à conclusão de que há situações em que aquele prevalecerá, e situações em que este terá preeminência.

E o último entrave que podemos assinalar concerne mais à terminologia. Vimos que a Carta das Nações Unidas e os Pactos consagram a autodeterminação dos povos. No entanto, não se tem uma definição precisa de povo. Friedrich Müller<sup>108</sup> aponta que o conceito de povo é complexo e artificial, possuindo o termo diversas facetas, entre elas, como povo ativo (cidadania), como instância global de atribuição de legitimidade, como ícone, ou ainda como destinatário de prestações civilizatórias do Estado. Pode-se falar em povos com relação às minorias (a exemplo de Lenine), ou com relação à nação, unidade política, como fizeram os franceses na Constituição de 1791.

Além disso, tem-se que Reinhold Zippelius<sup>109</sup>, a princípio, define povo em sentido sociológico como “a totalidade de indivíduos que se sente ligada por um sentimento de afinidade nacional, que, por seu turno, está fundada numa pluralidade de fatores, p. ex., o parentesco rático, a cultura comum (especialmente da língua e da religião), e o destino

---

<sup>107</sup> MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**, v. 2, p. 925.

<sup>108</sup> **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Tradução Peter Naumann. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

<sup>109</sup> **Teoria geral do estado**, p. 94.

comum”. No entanto, conclui que “Não existe, ao que parece, uma única afinidade nacional, pura e simples, mas apenas variadas combinações de afinidade que diferem grandemente quanto ao seu grau de conteúdo”.

Em suma, a autodeterminação dos povos é concebido como *jus cogens* pelo Direito Internacional, e questões que dizem respeito a essa matéria são consideradas pela Assembléia Geral da ONU como “questões de interesse internacional, independentemente de referência expressa a qualquer ameaça à paz e segurança internacionais”<sup>110</sup>. Ela pode ser concebida tanto como a possibilidade de a nação se auto-regular e auto-administrar, sem empecilhos de outros Estados, como, numa visão mais democrática, de o próprio povo ter a prerrogativa de destituir o tirano do poder.

### 4.3 Intervenção<sup>111</sup>

Com o Pacto de Paris (ou Briand-Kellog), de 1928, e, especialmente, com a instituição da ONU e sua Carta, a resolução de conflitos entre nações pela guerra, ou, melhor dizendo, pelo uso da força, termo adotado por esse último instrumento, deixou de ser uma forma lícita, adentrando-se na ilicitude. A Organização das Nações Unidas passou a ser instrumento de resolução pacífica de conflitos, garantindo-se o respeito à soberania, à autodeterminação e à igualdade dos países membros.

Com o mesmo fundamento, também as Nações Unidas reforçaram o direito à não-intervenção entre os Estados, nem mesmo pela própria ONU. A intervenção pode ser definida como a interferência não consentida, pela imposição de vontade de um ou mais Estados, a respeito de questões internas ou externas de um outro Estado, diferenciando-se da guerra porque, nesta última, as nações não se encontram em estado de paz. Celso Mello<sup>112</sup> aponta as seguintes características da intervenção: “a) estado de paz; b) ingerência nos assuntos internos ou externos; c) forma compulsória desta ingerência; d) finalidade de o autor da intervenção impor a sua vontade; e) ausência de consentimento de quem sofre intervenção”. Ela foi pela primeira vez mencionada por Kant, em seu *Ensaio Filosófico sobre a Paz Perpétua* (1795).

<sup>110</sup> BROWNLIE, Ian. **Princípios de direito internacional público**, p. 316.

<sup>111</sup> Sobre o tema, cf. BROWNLIE, Ian. **Princípios de direito internacional público**. Tradução Maria Manuela Farrajota et al. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 312-316; CARPIZO, Jorge. Globalización y los principios de soberanía, autodeterminación y no intervención. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, México, DF, v. 4, p. 117-148, 2004, p. 136-143; MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, v. 1, p. 473-503; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 112-121.

<sup>112</sup> Op. cit., p. 473.

A intervenção pode ser classificada em: individual, se praticada por somente um Estado, ou coletiva, quando feita por vários Estados; interna ou externa, a depender do interesse do Estado; direta ou indireta, quando o faz por meios oblíquos, v.g., pela economia; diplomática (que na verdade não configuraria uma intervenção propriamente dita), armada ou econômica; aberta ou oculta (clandestina, por meio da espionagem); positiva ou negativa (no caso, contra-intervenção).

Quanto à sua legalidade, diferentemente da guerra, não há consenso a respeito: alguns países (em regra, subdesenvolvidos) defendem a não-intervenção como princípio absoluto; outros vêem a intervenção em si como um princípio geral; mas a maioria encontra na intervenção um direito excepcional, cabível somente em certas situações. Da mesma forma, é duvidoso dizer se a intervenção configura um ilícito internacional; salienta Celso Mello<sup>113</sup> que “O Brasil, EUA, Suíça, Grã-Bretanha, Bélgica, Holanda e Austrália não consideram a intervenção como crime internacional”.

Nada obstante, vários dispositivos jurídicos podem ser citados, consagrando a proibição irrestrita de intervenção entre Estados. Dentre elas, a Carta da OEA, a Declaração relativa aos Princípios de Direito Internacional referentes às Relações Amistosas e à Cooperação entre os Estados de acordo com a Carta das Nações Unidas e a Carta Democrática Interamericana. A Carta das Nações Unidas não previu expressamente esse princípio, mas ele pode ser inferido indiretamente de três dispositivos, todos no artigo 2º: do § 1º, que afirma que “A Organização é baseada no princípio da igualdade de todos os seus Membros”; do § 4º, dispondo que “Todos os Membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a dependência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas”; e do § 7º, ao garantir que “Nenhum dispositivo da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervirem em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição de qualquer Estado ou obrigará os Membros a submeterem tais assuntos a uma solução”.

Com a devida vênia, discordamos de Jorge Carpizo<sup>114</sup>, para quem,

No existe duda alguna de que jurídicamente la no-intervención está descartada, y que viola expresa y directamente el derecho internacional. Por ningún motivo o razón, en ninguna forma o manera, puede un Estado o varios Estados intervenir autoritariamente en los asuntos de otro. La intervención armada unilateral siempre es ilegal.

<sup>113</sup> **Curso de direito internacional público**, v. 1, p. 475.

<sup>114</sup> Globalización y los principios de soberanía, autodeterminación y no intervención, p. 139.

Entendemos que, em primeiro lugar, a não-intervenção não pode ser descartada. Com efeito, tomando-se como parâmetros do Direito Internacional a soberania e a autodeterminação dos povos (e, como corolário deste, o princípio da não ingerência em relação ao uso da força), chega-se à conclusão de que o princípio da não-intervenção seria a regra; o da intervenção, a exceção. E, em segundo lugar, parece-nos surreal dizer que é impossível, seja qual for o motivo, a intervenção feita por um ou vários Estados. Pela teoria dos direitos fundamentais, não se pode falar em princípio absoluto; este sempre poderá ser relativizado, a depender da relação jurídica analisada. Nesse diapasão, de imediato, pode-se ver uma possibilidade de intervenção, no caso em que o Conselho de Segurança da ONU autorizar a ingerência. No entanto, pretendemos ir além, buscando saber se é possível um Estado intervir em outro sem a autorização do Conselho de Segurança, em casos de violação de direitos humanos. Nesse âmbito, a doutrina costuma identificar essa possibilidade com a intervenção humanitária.

#### 4.3.1 Intervenção Humanitária

Sobre a intervenção humanitária<sup>115</sup>, Celso Mello defende sua ilicitude, como as demais formas de intervenção em que se tem o uso da força. Excepciona sua posição quando ocorre a intervenção sob os auspícios do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Em seus argumentos, enumera: a) os direitos humanos ainda não teriam uma proteção internacional; b) nenhum organismo internacional teria poder de intervir para a defesa dos direitos do homem, porque tais direitos seriam encarados como jurisdição doméstica; c) a ONU só poderia intervir se a violação acarretasse ameaça à paz e à segurança internacionais; e d) a intervenção serve de pretexto para encobrir interesses próprios dos intervenientes.

Não obstante a ilicitude, por ser fato político com certa visão jurídica, as intervenções costumam ocorrer com frequência. Podem ser apontados como casos de intervenção humanitária as: da Síria, pela França, entre 1860 e 1861; do Chipre, pela Turquia, em 1974; e do Sri Lanka, pela Índia, em 1987. Aponta Celso Mello<sup>116</sup> que isso ocorre, pois “está se formando um costume de legitimar o uso de contramedidas pela força quando o CS [Conselho de Segurança] não responde às maciças violações dos direitos humanos”, em decorrência da questão do veto, já mencionada.

---

<sup>115</sup> **Curso de direito internacional público**, v. 1, p. 477.

<sup>116</sup> *Ibid.*, p. 478.

Assim, ainda não é possível estabelecer uma concepção jurídica tão-somente com base nas normas positivadas nas Convenções, Acordos, Pactos. O Direito deve espelhar um dever-ser, mas é preciso que a norma aponte uma situação possível e atingível, sob pena de ineficácia; portanto, se a prática demonstra que as normas positivas do Direito Internacional não conseguem ser suficientemente eficazes, é preciso procurar a resposta nos princípios jurídicos internacionais a reger a questão.

Com efeito, em relação às objeções formuladas por Celso Mello, apontadas no início desta seção, temos que, no argumento *a*, como tentamos demonstrar no capítulo 2, se, no século XX, poderia dizer-se que os direitos humanos não teriam uma proteção internacional, o mesmo não pode ser dito agora no século XXI, em que já se tem um órgão central, administrativamente organizado, com funções de fiscalização dos direitos humanos, julgamento e aplicação de sanções, com base em um complexo de documentos jurídicos protetores dos direitos do homem; o próprio Celso Mello<sup>117</sup> admite que “uma nova visão deve ser exposta. É que os direitos do homem estão se internacionalizando”.

Para o argumento *b*, uma outra sorte de raciocínio deve ser formulado. Esse argumento decorre da proibição da Carta das Nações Unidas, no art. 2º, § 7º, que assim se expressa:

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

Se compreendidos os direitos humanos como domínio reservado de jurisdição interna, pelo dispositivo, nem mesmo a ONU poderia intervir nesse assunto. Mas esse argumento pode ser derrubado pela constatação formulada por Ian Brownlie<sup>118</sup>, que entende tratar esse dispositivo de uma tautologia, pois, se a questão é de domínio reservado, claro se veria que a ONU não deveria intervir, em defesa do princípio da soberania e da autodeterminação dos povos.

Por “domínio reservado” compreender-se-ia aquela esfera de atuação do Estado em que não estivesse regulada pelo Direito Internacional. Entretanto, “É largamente aceite que nenhuma matéria se encontra irrevogavelmente encerrada na esfera do domínio

<sup>117</sup> **Curso de direito internacional público**, v. 1, p. 477.

<sup>118</sup> **Princípios de direito internacional público**, p. 312 e ss.

reservado; alguns juristas, porém, partem do princípio de que pode elaborar-se uma lista das questões que actualmente se reconhece pertencerem ao domínio reservado”<sup>119</sup>. Em outras palavras, o domínio reservado é um conceito relativo, somente podendo ser delimitado enquanto o Direito Internacional não trata dessas questões; o Direito Internacional poderia até regular certas questões que, a princípio, poderiam parecer de jurisdição interna, mas não o seriam, porque devem ser o mais abstrato possível, de modo que deixe uma ampla margem de atuação na forma de regulação e execução para cada nação.

Portanto, considerada a evolução dos direitos humanos, que deixaram de ser apenas nacionais, em suas Constituições, para ganhar autonomia com a sua internacionalização, não se pode mais falar que eles estariam enquadrados no domínio reservado da jurisdição interna dos países, já que a proteção do homem é condição essencial para a vida social e política. A ONU poderia, assim, intervir com base nos direitos humanos, mas isso não poderia ocorrer em todas as situações.

É o que tenta trazer o argumento *c*. Concordamos que a ONU, pelo teor dos tratados, somente poderia intervir quando se tratar de ameaça à paz e à segurança internacionais. Nesse sentido, é preciso que a violação aos direitos humanos seja de grande proporção. É de bom alvitre recordar que o Protocolo Adicional ao Pacto dos Direitos Civis e Políticos permite o sistema individual de reclamações; a ONU tentará resolver a questão por meios pacíficos, e, se for o caso, aplicar a sanção devida; mas, nessa situação, não caberia qualquer direito de intervenção. Para que se possa falar em ameaça à paz e à segurança internacionais, a violação deve, primeiramente, ser de caráter coletivo, que tenha repercussão, pelo menos, a nível nacional, para que se possa ter a relevância necessária; em segundo lugar, deve a violação acarretar prejuízos irreparáveis à humanidade.

Sobre o argumento *d*, de acordo com Ian Brownlie<sup>120</sup>, seria “o princípio da intervenção humanitária empregue só quando os factos revelavam um desejo de satisfazer os interesses do Estado interveniente”. Por óbvio, os países intervenientes devem ser necessariamente mais fortes, e, devido ao poder bélico e econômico, acabam por extrapolar quanto aos meios e fins da intervenção, valendo-se de interesses econômicos. No entanto, coordenando-se a interpretação com o exposto no parágrafo anterior, compreendido que dois dos mais importantes princípios do Direito Internacional são a não-intervenção e a autodeterminação dos povos, e que a intervenção somente ocorrerá excepcionalmente,

---

<sup>119</sup> **Princípios de direito internacional público**, p. 313.

<sup>120</sup> *Ibid.*, p. 588.

quando, tratando-se de violação de direitos humanos, ela for coletiva e que acarrete prejuízos irreparáveis à humanidade, vislumbra-se que se teria por reduzida as intervenções, em sua maioria encobertas por interesses próprios.

Noutra perspectiva, a atuação dos países intervenientes pode e deve ser fiscalizada pela ONU, para que sejam evitados abusos possivelmente perpetrados por eles, como crimes de guerra, em que se restem configuradas mortes desnecessárias de civis, por exemplo. Para tanto, deve ser fortalecida a atuação dos órgãos componentes da ONU, em especial, o Conselho de Segurança e a Assembleia Geral, instâncias máximas de direção.

#### 4.4 Democracia e Minorias Culturais<sup>121</sup>

Tentamos evitar ao máximo falar em democracia, porque sustentamos que não se pode dizer qual forma de governo seria a melhor: já se disse que a Democracia é a pior forma de governo, excetuando todas as outras formas que foram tentadas ao longo dos tempos; de outro lado, que, se houvesse um povo de deuses, esse povo se governaria democraticamente. Em respeito às diversidades culturais e à autodeterminação dos povos, seria uma mera imposição de ideologia sustentar que a democracia é a única forma possível; no entanto, é preciso tecer alguns comentários sobre ela.

Sustentando uma posição eminentemente rousseauiana, em sua teoria da soberania popular, temos que cada indivíduo possui uma parcela do poder soberano; essa foi a conclusão a que Rousseau chegou, mostrando que somente quem pode dar a legitimidade é o povo, ou melhor, cada indivíduo, coletivamente considerado. A vontade geral (*volonté générale*) é que vai reger as ações do representante da nação no poder, que deverá atuar para o bem-estar da população, e não para desígnios próprios ou somente da elite. Os desígnios do poder soberano deverão ser pautados na vontade geral. O próprio Rousseau entendia que nem sempre o entendimento da maioria teria razão; nesse sentido, parece-nos que ele quis dizer

---

<sup>121</sup> Sobre o tema, cf. BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 265-280; BROWNLIE, Ian. **Princípios de direito internacional público**. Tradução Maria Manuela Farrajota et al. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, cap. XXIV, p. 577-623; LOPES, Ana Maria D'Ávila. Derechos humanos, indígenas y multiculturalismo. **Nomos**: Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC. Fortaleza, v. 25, p. 209-219, jan./dez. 2006; MELLO, Celso Duviver de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, v. 2, p. 915-929 e 930-935. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**: ou princípios do direito político. Tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002; THORNBERRY, Patrick. International system of protection of minorities. In: Conselho da Justiça Federal et al. **Seminário internacional**: as minorias e o direito, Brasília, v. 24, p. 15-25, 2003; ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado**. Tradução Karin Praefke-Aires Coutinho. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, §§ 11, 16 e 26, passim.

que há uma vontade geral maior e pré-estabelecida, que impediria certas posições da maioria, em detrimento dos interesses das minorias.

A democracia é a forma mais fácil, ou aparentemente mais fácil, de se fazer com que seja obtida a vontade geral. A forma básica da democracia, ou democracia representativa, seria o primeiro reflexo dessa noção: elege-se o governante, representante do poder soberano, pela maioria dos votos. É a necessidade de liderança na sociedade. Por outro lado, a experiência absolutista mostrou as falhas do sistema puro de liderança, impedindo posteriormente que se comportasse ou delegasse o poder soberano em uma única pessoa, mediante a teoria da tripartição dos poderes sugerida por Montesquieu.

Assim, o sistema político democrático ficou concentrado nos poderes executivo e legislativo, em que os representantes, naquele poder uno (presidencialismo) ou plural (parlamentarismo), e, neste, plural, são eleitos ou escolhidos pela maioria da população. Mas esse sistema de democracia indireta, de certa forma, é fraco, porque, em tese, ao povo era concedido um único momento para manifestar seu poder (que se dizia soberano). Por outro lado, não se podia chegar à democracia direta, em razão das atuais entidades nacionais. Nesse sentido, em uma forma dialética, é que surgiu a democracia semidireta, que nada mais é do que a democracia indireta acrescida de alguns instrumentos de participação popular. Esse sistema obedeceu aos anseios do povo, a vontade geral. Surgido na Suíça, mas proliferado para todos os Estados nas primeiras décadas do século XX, a democracia semidireta difundiu os instrumentos do referendo, plebiscito, iniciativa popular, revogação (o *recall* e o *Abberufungsrecht*), e o veto.

O sistema democrático é mais complexo, indo além destes instrumentos. Criaram-se os partidos, e, com isso, ficou mais evidenciado o conflito de interesses dentro do poder legislativo (uni ou bicameral), instrumento principal de positivação do direito estatal, das ordenações do Estado. De outra sorte, surgiram os sindicatos, que passaram a influenciar os membros daquele poder. Mais recentemente, diversas associações, conselhos, ONG's e sindicatos nasceram, com o propósito de defender interesses de parcelas da sociedade no âmbito político. A democracia não se baseia apenas no sufrágio e nos instrumentos semidiretos. Ela corresponde a uma constante participação das forças sociais na elaboração e execução das regras jurídicas do Estado. Até mesmo no poder judiciário se pode encontrar participação política, já que a função do juiz é dar aplicabilidade às leis, entre particulares, e entre estes e o Estado. O caráter político do poder judiciário é mais bem observado no âmbito do controle de constitucionalidade das leis e emendas às constituições. Percebe-se,

principalmente com a modernidade tardia, que as sociedades estatais sempre foram heterogêneas, composta por pessoas e grupos, com diversos interesses e opiniões que devem ser coordenados. A democracia vai garantir, portanto, a existência do Estado pluralista, em que concorrem indivíduos, associações e a coletividade para decidir os destinos da nação.

Este mecanismo pode ser explicado no sistema rousseauiano. Temos como premissas que cada indivíduo possui parcela do poder soberano (ou de legitimidade), e que, contudo, ela não pode ser individual ou coletivamente imposta, exceto quando for manifestação da própria *volonté générale*. Coletivamente organizados, com um interesse comum, essa parcela do poder soberano pode chegar a ter seu interesse consagrado, desde que o utilize pelos meios políticos organizados na lei, a exemplo dos *lobbies* no Congresso estadunidense. A democracia deve ser pautada em seu aspecto jurídico, o sistema político de escolha e de votação já deve ser previsto juridicamente, seja de forma legal ou costumeira. Com efeito, quanto maior o número de pessoas no partido, associação ou ONG, e quanto mais organizado forem (porque a quantidade às vezes não é condição suficiente, e a desorganização atrapalha a participação), mais legítima ou soberana será a pretensão deles.

Portanto, analisando esse sistema de participação indireta, e como a teoria de Rousseau poderia explicar tal sistema, percebe-se que ele pode ser aplicado a qualquer sistema político, e não apenas o democrático. Em governos bons, ainda que monárquicos ou aristocráticos, permite-se a participação dessas organizações. Na medida em que o representante do poder ouve, ou destina funcionários seus para ouvir os anseios da população, organizada em associações ou coletivamente considerada, mais legítimo e soberano será o seu poder. Repetimos, a democracia pode ser a forma mais fácil de ter uma participação mais presente do povo, mas não pode ser considerada a única. Porém, sustentamos que, até mesmo nas monarquias imperialistas, o titular do poder soberano é o povo, o que não implica que ele é quem deve governar.

Pode-se dizer, em suma, como faz Zippelius<sup>122</sup>, que “o princípio da maioria fornece, então, ‘faute de mieux’, a maior probabilidade para que numa comunidade adquiram vigência, no mínimo, as concepções que têm o seu fundamento na consciência e no sentimento de justiça do maior número de pessoas”.

Mas estamos sendo bastante otimistas nesse ponto de vista. Alguns desses grupos, devido à sua organização e a outros motivos (influência, poder econômico) acabam por

---

<sup>122</sup> ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado**, p. 152.

garantir sua opinião e sua vontade, na elaboração das leis e dos atos administrativos, mais do que o justo ou devido, deixando de lado, em termos de influência política, outras parcelas da sociedade. A grande dificuldade dos representantes no poder é justamente a harmonização de interesses, pelo qual se deve “respeitar, na maior medida possível, os interesses e as opiniões existentes na comunidade, ponderá-los justamente e procurar um ótimo de satisfação de interesses”<sup>123</sup>.

Em verdade, com bastante frequência, os representantes do poder soberano, que pertence à nação ou à coletividade, desviados de sua real função, beneficiam as minorias prósperas em detrimento da multidão inquieta, ou, por outro lado, discriminam certas minorias em favor da maioria dentro do país. É sobre este último ponto que serão tecidos alguns comentários, por parecer-nos ser o ponto chave deste trabalho.

#### 4.4.1 Minorias Culturais

Conforme frisamos, as sociedades não são homogêneas. Ela é composta de vários setores, com diferentes opiniões e interesses. Ademais, em todas as nações se verifica em sua história um encontro de diversos povos que concorreram para a formação do povo que ali habitava. Em decorrência disso, encontram-se presentes nos Estados contemporâneos pessoas com origem diversas, e esse fenômeno ocorreu devido a diversos fatores, entre eles, podemos enumerar a migração de estrangeiros para países, por fatores sócio-econômicos, a colonização, o nomadismo, dentre outros. É nessa heterogeneidade da sociedade, e conseqüentemente, da nação, que se fala nas minorias, e, com as minorias, o preconceito e a discriminação pelos povos tradicionais e pelo Estado. A interpretação a ser feita deve se unir juntamente com o que expusemos em relação à democracia, porque, nela, “que é precisamente a forma de Estado regida pelo princípio da maioria, tais minorias correm o grave perigo de serem oprimidas”<sup>124</sup>.

Acerca do conceito de minoria, temos que, para Ana Maria Lopes<sup>125</sup>, “*La definición de minoría depende mucho de la sociedad y de la época histórica en la que se la elabora, pues es un concepto íntimamente ligado a la cultura de cada pueblo*”. Na comunidade internacional, concebiam-se, no início, como minorias, somente aqueles grupos étnicos, religiosos ou lingüísticos cuja diferença em relação à maioria da população era

<sup>123</sup> ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado**, p. 300.

<sup>124</sup> Ibid., p. 101.

<sup>125</sup> Derechos humanos, indígenas y multiculturalismo, p. 214.

flagrantemente perceptível. Como aponta Celso Mello<sup>126</sup>, a ONU define, em 1952, minorias como “grupos de população não-dominantes que possuem e desejam conservar tradições ou características étnicas, religiosas ou lingüísticas estáveis se diferenciando claramente daquelas do resto da população”, requerendo-se, além disso, que fossem “numericamente bastante importantes para serem capazes de conservar por elas próprias tais tradições ou características”.

Com o decurso das décadas, percebeu-se que não se poderiam restringir as minorias somente a esses fatores, mas que devem ser aliados ao modo de vida do grupo, valores comuns, sentimento de identidade; preferimos resumir minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas a minorias culturais, porque o momento cultural vai abranger todos esses setores, e outros que não estariam necessariamente abarcados por aqueles.

Pretendemos, com isso, afastar mulheres, crianças, idosos e homossexuais como minorias, no sentido que queremos tratar, porque eles, sozinhos, não poderiam corresponder a um povo em si; podem ser considerados como grupos suspeitos (*suspect groups*), ou seja, que normalmente são vistos diferenciadamente e requerem uma proteção especial por parte do Estado. Apesar de terem pretensões semelhantes às minorias culturais, de participação política para a proteção de seus interesses, para estes há um diferencial, tendo em vista que podem, em muitas situações, constituir uma unidade suficiente. Aqueles grupos podem ser considerados como minorias numa acepção mais ampla, entendidas como aqueles grupos que não se encontram no poder, ou que não têm acesso a ele, ou cujo poder de influência é fraco. Em suma: lutam pela participação política, na defesa de seus interesses de igualdade.

No caso das minorias culturais, há outra diferença. Apesar de desejarem igualdade de tratamento, assim como os grupos suspeitos, as diferenças culturais (etnia, religião, língua, costumes) são marcantes, o que pode gerar certa indisponibilidade pelos governantes e pela coletividade; assim, eles lutam por igualdade de tratamento, mas também lutam pela liberdade de expressão cultural. E esse direito é essencial ao ser humano; como apontamos no início deste trabalho (vide 1.1), a cultura é fator marcante para a coesão social e para a afirmação da humanidade que há no homem, por ser o caractere diferencial deste para os demais animais.

As minorias não correspondem necessariamente ao critério do tamanho, mas sim ao nível de participação do poder. Para Ana Maria Lopes<sup>127</sup>, “*el criterio numérico puede ser insuficiente para definir cuando un grupo puede ser considerado una minoría, siendo la*

<sup>126</sup> **Curso de direito internacional público**, v. 2, p. 921.

<sup>127</sup> *Derechos humanos, indígenas y multiculturalismo*, p. 214.

*exclusión social y la falta de participación en las decisiones políticas el criterio determinante para la definición”.*

De acordo com Ana Maria D’Ávila Lopes<sup>128</sup>, com apoio em Will Kymlica, podem ser diferenciados dois tipos de Estados. O Estado multiétnico é aquele

*[...] correspondiente al estado donde conviven más de una nación debido a un proceso de inmigración como, por ejemplo los Estados Unidos, Canadá y Austrália. Los inmigrantes no ocupan tierras natales, mas pueden volverse grupos considerados minoritários con la condición de que se establezcan conjuntamente y obtenga competencias de auto-gobierno.*

O estado multiétnico surge normalmente quando já se encontram estabelecidos os Estados modernos, e, com a imigração de certos povos, a exemplo dos italianos, alemães e japoneses ao Brasil, e os judeus na Europa.

O outro tipo é o Estado multinacional, *“en cual coexisten más de una nación debido a un proceso de convivencia involuntaria (invasión, conquista o cesión) o voluntária (formación de una federación) de diferentes pueblos”*<sup>129</sup>. Podem ser apontados como exemplos a formação dos estados alemão e italiano, a divisão dos países africanos feita pelos países de primeiro mundo, no período do neocolonialismo, e, no século XV e XVI na América, a conquista dos povos europeus, estabelecendo seu padrão de vida, sobre os povos indígenas, tratados como raça inferior. Os imigrantes podiam ser em menor número, mas tinham poder de fogo maior, e contavam com a desunião dos grupos.

Sob outra perspectiva, Reinhold Zippelius<sup>130</sup> vê as minorias como um problema, que surge “quando o princípio do Estado nacional se realiza só de forma imperfeita, portanto, quando se infiltram elementos de índole popular alheia ao povo em que se baseia o Estado”, e, com isso, “Enquanto o problema das minorias não for resolvido [...], coloca-se a tarefa da proteção das minorias”. Nesse sentido, passamos a destacar a proteção das minorias.

#### 4.4.2 Direitos Humanos e Multiculturalismo: proteção das minorias

Como salientamos anteriormente, a noção de minorias culturais difere daquelas minorias sociais (como mulheres e homossexuais) quanto a sua forma de proteção, porque aqueles grupos demandam, além de direitos de igualdade, direitos de liberdade, e isso já foi

<sup>128</sup> Derechos humanos, indígenas y multiculturalismo, p. 215.

<sup>129</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>130</sup> Teoria geral do estado, p. 101.

evidenciado pela Subcomissão para Prevenção da Discriminação e Proteção das Minorias, em sua primeira seção, em 1947, ao diferenciar prevenção da discriminação e proteção das minorias, como aponta Patrick Thornberry<sup>131</sup>:

1. *Prevention of discrimination is the prevention of any action which denies to individuals or groups of people equality of treatment which they may wish.*
2. *Protection of minorities is the protection of non-dominant [sic] groups which, while wishing in general for equality of treatment with the majority, wish for a measure of differential treatment in order to preserve basic characteristics... differential treatment of such groups or individuals belonging to such groups is justified when it is exercise [sic] in the interest of their contentment and the welfare of the community as a whole.*

No entanto, quando se fala em direitos das minorias, duas teorias acerca deles podem ser destacadas, a depender da perspectiva da proteção dos direitos: a teoria dos Direitos Humanos e a teoria do Multiculturalismo. Vejamos em que consiste cada uma delas e quais são as suas diferenças.

Primeiramente, a teoria dos Direitos Humanos para as minorias é uma teoria individualista da cultura. Ou seja, ela não quer defender que as minorias, grupos sem personalidade jurídica internacional, tenham direitos à autodeterminação ou à independência, mas que os indivíduos que compõem essas minorias possuem direitos de igualdade e de não-discriminação, merecendo, assim, proteção estatal. Essa espécie de direitos é o que vem sendo protegido pela ONU desde o seu início.

A proteção das minorias é anterior à criação da ONU, acompanhando *ad latere* a evolução dos direitos humanos. Na Antigüidade e na Idade Média, não obstante terem existido as minorias, não se sabe a respeito de qualquer regulação; o que havia era a regulamentação da relação dos estrangeiros. Os direitos das minorias podem ser inicialmente verificáveis a partir das reformas protestantes, em que se buscou proteger as minorias religiosas. Aponta-se os Tratado de Paz de Viena (1606), de Oliva (1660), de Carlowitz (1699), de Varsóvia (1773), e ainda a Convenção de Constantinopla (1872). Para as minorias étnicas, sua proteção somente surge em 1815, com relação à Polônia, no Congresso de Viena. No mesmo sentido, podem ainda ser apontados o Congresso de Berlim (1855), a Convenção de Paris (1858) e o Tratado de Berlim (1878).

Com o fim da Primeira Grande Guerra, e a instituição da Sociedade das Nações, foram firmados com as Potências Aliadas os Tratados com a Polônia (1919), de Saint

---

<sup>131</sup> International system of protection of minorities, p. 15-16.

Germain (1919), de Sèvres (1920), de Lausanne (1923). Além desses tratados, podem ser apontados os Tratados de Praga (1920), o alemão-polonês (1922) e a Convenção de Varsóvia (1922). Celso Mello<sup>132</sup> critica a natureza desses tratados, porque “o sistema de minorias ingressa a partir de 1919 no DI Positivo, porém não como um instituto universal, mas apenas como existente onde houver tratado específico”. Não obstante, no mesmo período, diversas constituições sociais passaram a garantir o direito à cultura de seus nacionais, em especial aos elementos formadores das nações.

A despeito de a Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos do Homem não preverem a proteção de minorias, no mesmo dia deste último documento, a ONU declarou que não poderia mais permanecer indiferente à questão das minorias; e, no mesmo ano, foi concluída a Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, que, apesar de se referir em seu artigo 2º a “grupo nacional, étnico, racial ou religioso” como objeto de proteção, os incisos do mesmo artigo mencionam violações a membros. Para Thornberry<sup>133</sup>, “*the omission of any article on cultural genocide from the convention affected the UDHR* [Declaração Universal dos Direitos Humanos]”. Ademais, o efeito dessa Convenção nos direitos das minorias foi negativo e equivocado, já que o genocídio é um crime de destruição massiva, e não um crime cometido a membros do grupo.

A partir dos anos 60, a abordagem para a questão das minorias culturais, no sentido aqui empregado, passou a mudar. Primeiramente com o Pacto dos Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 27, que dispõe:

No caso em que haja minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outras [sic] membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.

Se esse Pacto, de um lado, garantiu o direito à liberdade da vida cultural (incluído aí a profissão da religião e o uso da língua), em conjunto com outros membros, por outro lado entende que há lugares em que não há minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas. Ademais, o Pacto limitou as minorias culturais a esse tripé, quando indicamos que a concepção mais recente já identifica minorias culturais de uma forma mais sutil; e, ainda, se de um lado tencionou garantir um direito coletivo (garantindo o exercício do seu direito de liberdade

<sup>132</sup> **Curso de direito internacional público**, v. 2, p. 920.

<sup>133</sup> International system of protection of minorities, p. 16.

cultural em conjunto), o próprio Pacto, por sua natureza de carta de direitos individuais, impediria uma interpretação em sentido não-individualista.

Além do Pacto, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1968) dispõe em seu art. 1º, que:

Para os fins da presente Convenção, a expressão ‘discriminação racial’ significará toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública.

O artigo 2º, § 2º, dessa Convenção também estabelece a possibilidade de os Estados instituírem medidas especiais e concretas, referindo-se as chamadas ações afirmativas, que, com o objetivo de garantir igualdade às minorias, não devem manter a desigualdade em relação a outros grupos, quando atingidos os objetivos da ação.

A mesma Convenção estipula a criação de um Comitê sobre a Eliminação da Discriminação Racial, que, nos últimos tempos, tem-se tornado mais sensível às questões relativas a minorias, e em especial aos povos indígenas, à medida que a Convenção vem adquirindo força. Conforme aponta Patrick Thornberry<sup>134</sup>, nos Estados em que se reconhece a presença de grupos nacionais, étnicos ou povos indígenas, esse Comitê recomenda que as leis devam buscar sempre ser uniformes a todas as culturas existentes.

Assim, arremata Thornberry<sup>135</sup> que:

*‘Rights of minorities’ are thus understood as rights in the field of existence, identity, language, education, participation and development: they do not approach the wilder shores of self-determination or autonomy, though the absence of an international definition of ‘peoples’ blurs distinctions between rights of peoples and those of minorities.*

Em outro sentido, a teoria do Multiculturalismo vem cuidar das minorias coletivamente consideradas. Como salienta Ana Maria Lopes<sup>136</sup>, o Multiculturalismo:

*[...] es la teoría que defiende la valoración de la cultura de los diversos grupos que pueden componer una sociedad. Es la teoría que defiende que ser diferente no significa ser ni mejor ni peor que los otros. Es la teoría que se rebela contra la uniformización o padronización del ser humano. Es la teoría que valoriza las*

<sup>134</sup> International system of protection of minorities, p. 17.

<sup>135</sup> Ibid., p. 25.

<sup>136</sup> Derechos humanos, indígenas y multiculturalismo, p. 213.

*minorías y sus especificidades. Es la teoría que entiende que lo más valioso que tiene la humanidad es su diversidad.*

Essa teoria parte da noção de que “*la Teoría de los Derechos Humanos no comprende derechos especialmente destinados a la protección de minorías, las que, diferentemente, sí son el centro de interés de la Teoría del Multiculturalismo*”<sup>137</sup>. Assim, com o intuito de proteger o pluralismo, tão caro e tão essencial à democracia e à humanidade, e a riqueza da diversidade cultural humana que a teoria dos Direitos Humanos tem ignorado, vem a teoria do Multiculturalismo em prol dos direitos dos grupos minoritários.

Com efeito, de acordo com Kymlica<sup>138</sup>, os direitos que o Multiculturalismo defende são três, a saber: a) direito ao autogoverno; b) direitos especiais de representação; e c) direitos poliétnicos. O primeiro consiste na possível garantia de que seja concedida a possibilidade de união e de organização política das minorias dentro do Estado, sem que isso configure uma afronta à autoridade estatal, por óbvio. A segunda já significa que, além de poderem unir-se e organizar-se politicamente, deve ser garantido às minorias o direito à participação política, à possibilidade de se candidatar à presidência, ou para compor o parlamento, ou as câmaras legislativas do Estado; também pode significar a criação de ações afirmativas para as minorias. A última delas corresponde ao direito à expressão ou manifestação cultural, em prol da identidade e orgulho culturais; segundo Ana Maria Lopes<sup>139</sup>, “*Entiende-se que es obligación del Estado no apenas respetar y proteger las diferentes manifestaciones culturales de sus minorías, mas también promover y fomentar el ejercicio y la continuidad de todas esas manifestaciones*”.

Ainda existe certa renitência em se aceitar a existência desses direitos às minorias culturais. Por todos, Ian Brownlie<sup>140</sup>: “É certo que alguma doutrina sobre os direitos dos povos é, em muitos aspectos, excêntrica, ignorando os princípios da não intervenção e prejudicando o princípio da autodeterminação, que pretende ser o único exemplo genuíno do gênero”. A despeito das críticas formuladas, a própria ONU vem aos poucos adotando alguns direitos considerados em seu aspecto coletivo.

Assiste razão a Kymlica<sup>141</sup>, no sentido de que ambas as teorias se complementam. Os direitos humanos, com base no ideal da dignidade da pessoa humana, devem ser buscados

<sup>137</sup> Derechos humanos, indígenas y multiculturalismo, p. 214.

<sup>138</sup> KYMLICA apud LOPES, Ana Maria D’Ávila. Ibid., p. 216.

<sup>139</sup> Ibid., p. 216-217.

<sup>140</sup> **Princípios de Direito Internacional Público**, p. 603.

<sup>141</sup> KYMLICA apud LOPES, Ana Maria D’Ávila. Op. cit., p. 217.

em sua forma mais plena possível, seja garantindo direitos aos indivíduos componentes das minorias, como a qualquer outro indivíduo, seja garantindo direitos enquanto coletividade, numa junção dos direitos humanos coletivos com os difusos. Não obstante ser contrário ao direito dos povos, Bronwlie<sup>142</sup> compreende que “As garantias e as normas que regulam o tratamento dos indivíduos tendem, pela sua ênfase à igualdade, a proteger também os grupos”. Não é de se estranhar, portanto, o fato de que o Comitê de Direitos Humanos, no Comentário Geral 23, teve dificuldades de separar o direito de membros das minorias do direito à autodeterminação destes grupos.

Nesse sentido, as tendências, no período compreendido entre o pós-guerra e o final dos anos oitenta, a respeito da descolonização dos países africanos e asiáticos. Poder-se-ia dizer que nesses países, os colonizados representavam a maioria da população; no entanto, como vimos, a noção de minoria não está na quantidade, mas sim no poder de influência e participação políticas. Foi nesse período que se defendeu a autodeterminação dos povos colonizados, utilizando-se da teoria da água salgada, já retratada. Pode ser citada como exemplo de instrumento do período a Declaração sobre a Concessão de Independência aos Países e Povos Coloniais (1960).

A partir de 1991, a preocupação com as minorias teve outra perspectiva. Explica Thornberry<sup>143</sup> que “*The unravelling of the Soviet Union and Yugoslavia revealed discrete peoples, with sharply differentiated identities. Identity and culture emerged as key post-modern themes, overriding consciousness of class as the authentic mediator of social relations*”. Acrescente-se, também o desmembramento da Tchecoslováquia. Reafirma-se, aqui, a autodeterminação dos povos, com o objetivo final da independência de certas regiões. Já em 1992 é aprovada pela Assembléia Geral da ONU a Declaração sobre os Direitos Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Lingüísticas.

#### 4.4.3 A questão territorial

Em curta síntese, podem ser apontados como minorias culturais: a) os povos autóctones (aborígenes e indígenas); b) imigrantes e seus descendentes; e c) nações dentro de Estados multinacionais. A esses grupos deve o Estado garantir os direitos individuais e permitir sua manifestação cultural, através do acesso aos templos de culto e às escolas de ensino na língua (sem prejuízo da língua nacional, onde houver), podendo, a depender das

<sup>142</sup> **Princípios de Direito Internacional Público**, p. 617.

<sup>143</sup> International system of protection of minorities, p. 19.

dimensões da minoria e de sua relevância, até mesmo destinar parcela financeira para custear eventos de promoção cultural, ou ainda fomentar o ensino bilíngüe nas escolas.

Refere-se aqui a povos autóctones como aqueles povos primitivos, mais presentes nos continentes americano e oceânico. Esses grupos mantêm um vínculo muito mais forte com a natureza, que lhes dá a quase totalidade de suas necessidades vitais; tais grupos não necessitariam de uma complexa organização estatal. Por outro lado, não possuem força suficiente para se protegerem de quaisquer investidas de Estados mais desenvolvidos.

Quanto à garantia de direitos de autonomia (ou autodeterminação), é preciso estabelecer a distinção entre minorias delimitáveis territorialmente e minorias dispersas no Estado. Para cada uma delas, vai ser delimitada a amplitude do princípio da autodeterminação dos povos. A questão territorial é de suma importância, porque, conforme Thornberry<sup>144</sup>, *“Ways of life and cultural connection are not automatically equated with control of territories. Nevertheless, the notion of a site, area or place associated with a particular culture guides us towards its protection under instruments on minority rights”*.

Em relação aos grupos dispersos no Estado, em que já ocorreu um processo de miscigenação, influência e assimilação de culturas, independentemente do tipo de minoria, além dos direitos de manifestação cultural (ou direitos poliétnicos), se ainda existentes, deve ser garantido, como elemento de autodeterminação, a participação política, seja através da elegibilidade (enquanto cidadão), seja pela formação de grupos de pressão em favor de interesses próprios.

Já para os grupos delimitáveis territorialmente, não obstante a possibilidade de existência de pessoas de outras etnias, religiões e línguas, ainda que de outras minorias, a autodeterminação deve se compatibilizar com o princípio da integridade territorial, aliado à tolerância cultural do Estado.

Nesse sentido, para os povos autóctones, que não desejam uma relação muito constante com outros grupos, mas que possuem uma relação mais forte com a natureza, sua autodeterminação normalmente consiste na demarcação, pelo Estado, de área de proteção, para que referida minoria possa exercer seus costumes e suas crenças sem a necessária intervenção de outros elementos humanos. Cabe ao Estado, assim, estabelecer postos de proteção desses grupos. Além da questão da demarcação territorial em reservas, deve ser

---

<sup>144</sup> International system of protection of minorities, p. 19.

garantido a esses grupos minoritários os direitos especiais de representação, podendo influenciar na elaboração de leis protecionistas.

Com relação aos imigrantes, há quem diga que “não se pode considerar minorias os imigrantes”<sup>145</sup>. Não obstante, certos fatores devem ser considerados para que se tenham os imigrantes como minorias. Destacam-se a quantidade numérica, o local de origem, e o momento da imigração. Quanto ao primeiro, normalmente se podem encontrar certos grupos de imigrantes unidos em bairros (perceptível também no Brasil); nada impediria que se formassem verdadeiras cidades, dependendo da força com que ocorreram essas migrações. Aliado ao segundo fator, às vezes pode ocorrer a imigração de uma considerável quantidade de pessoas de um Estado vizinho (em tempos de guerra ou de governos despóticos), podendo chegar a atingir uma considerável proporção. No outro sentido, os imigrantes vieram para o país há gerações, e os seus descendentes mantiveram a coesão, em razão do sentimento de identidade cultural. A possibilidade é mais viável no caso de países que admitem a aquisição de nacionalidade pelo critério do *jus solium*.

As minorias nacionais, por sua vez, “estão vinculadas a populações localizadas em territórios cedidos por razões políticas a outros Estados”<sup>146</sup>. Podem decorrer de conquistas ou cessões, vinculadas ao elemento histórico das guerras que ocorreram na região. Mais presente nos continentes europeu e africano, este último com a divisão das colônias dos países europeus sem a preocupação com a unidade sócio-cultural dos povos que ali habitavam.

Para estas duas últimas minorias, tendo em vista a possibilidade de demarcação territorial, e sua perspectiva de participação política mais presente do que os povos autóctones, é possível, para se garantir a autodeterminação desses grupos, aplicar-se o processo do regionalismo ou o da criação de um Estado federado, dividindo-se o Estado em quantas regiões ou Estados-membros forem necessários. O sistema federal tem como objetivos: a exigência de um adequado desenvolvimento econômico e cultural das regiões; a criação de pólos regionais políticos, econômicos e culturais; e a redução dos conflitos regionais, étnicos e outros. O federalismo cultural funciona, ao modo exposto por Peter Häberle<sup>147</sup>, pelo sistema competitivo-cooperativo, segundo o qual entre os Estados-membros haverá em princípio uma competitividade, para cumprimento de metas e crescimento

<sup>145</sup> MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**, v. 2, p. 920.

<sup>146</sup> MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Ibid.*, loc. cit.

<sup>147</sup> Soberanía cultural en el estado federal. Desarrollo y perspectivas. Tradução Joaquín Brage Camanazo. **Estudios Constitucionales**: Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales, Santiago, Año 4, n. 1, p. 367-407, jul. 2006.

econômico de cada um, e, por tratar-se de uma união, celebração de um compromisso, em um momento posterior, há a prestação de cooperação, normalmente financeira, para ajudar o Estado-membro com deficiências nas políticas públicas (em especial de saúde e educação). Pelo sistema federativo, em regra, a repartição de competências deixa aos Estados-membros a parte residual, sendo enumeradas as competências dos demais entes federativos (a Federação, e, quando for o caso, a Municipalidade).

Também é possível outra saída para esses grupos. Como tem salientando Zippelius<sup>148</sup>, “Por vezes, deixa-se a minoria nacional decidir através do voto a que Estado deverá pertencer o território por ela habitado”. Essa solução importa num sentido mais forte do princípio da autodeterminação, podendo ocasionar a independência ou a associação com outros grupos, seja como Estado unitário, seja como federal. Para tanto, busca-se garantir aos nacionais, componentes das majorias e de outras minorias dentro desses territórios, os mesmos direitos a que buscam as minorias, de proteção e de participação política.

As considerações feitas até então partem do pressuposto de que o Estado onde se podem encontrar tais minorias seja um estado pluralista, ou seja, um Estado que admite o pluralismo político, social e cultural. Entretanto, podem ser encontrados, na História e ainda no século XXI, Estados que não toleram a pluralidade cultural, e, com isso, não se pode mais sustentar a proteção da integridade territorial em detrimento da autodeterminação dos povos. Nessa situação, a autodeterminação dos povos vai prevalecer sobre o princípio da integridade territorial, em razão da proteção dos direitos humanos e da cultura, e dos princípios da soberania e da não-discriminação. Trataremos disso na seção seguinte.

#### **4.5 A repressão ao Genocídio como possível exceção ao princípio da Não-Intervenção<sup>149</sup>**

A História já conheceu diversos casos de lutas internas e externas entre povos, supostamente por motivos de unificação nacional, provocando as odiosas limpezas étnica e religiosa. A origem dos Estados intolerantes vai depender da forma pela qual surgiram. Mas, em todos os casos, eles vão sempre estar embasados em uma falácia.

Tome-se, somente a título de exemplo, a formação nacional com base na raça. Referido Estado ter-se-ia, então, formado pela união de indivíduos com certas características

<sup>148</sup> **Teoria geral do estado**, p. 101.

<sup>149</sup> Sobre o tema, cf. MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, v. 2, p. 930-934; ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado**. Tradução Karin Praefke-Aires Coutinho. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, § 11, p. 92-107.

hereditárias comuns. No entanto, esse critério não é o único relevante para que haja a coesão social. Explica Zippelius<sup>150</sup> que o critério da raça “é questionável pelo facto de quase não ser possível encontrar um critério que defina a pureza de uma raça. [...] A raça não deve ser pressuposta como uma grandeza biológica fixa que ‘seja pré-existente’ à comunidade étnica bem como à unidade estatal”. Ademais, até a questão da existência de raças humanas é controvertida, já que somos a mesma espécie. O mesmo raciocínio é aplicável à intolerância por motivos de religião, pois cada indivíduo tem a capacidade de ler as escrituras (seja qual for a religião) e tirar suas próprias conclusões, que nunca serão iguais às obtidas por outras pessoas; até mesmo em Estados mulçumanos, confessionais por natureza, as interpretações oficiais das escrituras são divergentes entre si, não havendo um critério fixo de percepção.

O sentimento de afinidade étnica talvez representasse uma razão de união estatal, pois dela decorreria a idéia de solidariedade nacional. No entanto, conforme critica Zippelius<sup>151</sup>, esse sentimento pode resultar de diversos fatores, como a consciência de uma afinidade de carácter geneticamente condicionada, o passado histórico-político comum, a consciência de um destino político comum. Configura-se, assim, como uma questão complexa, podendo “resultar variantes muito diversas de um sentimento de solidariedade”.

Mas a questão é mais profunda. Apesar de termos certas identidades (raciais, religiosas, culturais) com um grupo de pessoas, todos somos diferentes entre si, a começar pelo nome, estatura, sexo e idade. As experiências individualmente vividas são diversas. Ademais, a própria noção de cultura somente seria perceptível em razão da diversidade. Se nós todos fôssemos iguais, não haveria porque expressar nossas idéias, opiniões, experiências e sentimentos, porque todos teriam as mesmas sensações. O ser humano seria imutável. O fato de a cultura ser o componente mais relevante da natureza humana implica que a diversidade faz parte da natureza humana. Noticia Celso Mello<sup>152</sup> que “Em 1966, a Declaração da UNESCO sobre os princípios de cooperação cultural da humanidade afirma que toda cultura faz parte do patrimônio comum da humanidade e deve ser respeitada”.

Logo, tomando por base as diferenças culturais, como religião raça ou sentimento étnico, não é possível estabelecer um critério de distinção válido para que se possam qualificar certos indivíduos como nacionais ou não. Contudo, o destino político comum vai

---

<sup>150</sup> **Teoria geral do estado**, p. 94.

<sup>151</sup> *Ibid.*, p. 98.

<sup>152</sup> **Curso de direito internacional público**, v. 2, p. 926.

ser o elemento preponderante para a coesão social formadora dos Estados, conclusão a que chega Zippelius<sup>153</sup>:

Este factor da comunidade política é tão significativo que, onde ele falta, se desintegra frequentemente também a comunidade étnica.  
Por outro lado, o destino político comum revela-se frequentemente como crisol de uma nação, mesmo onde faltam ascendência, língua ou religião comuns.

Ao Estado é dada a função de garantir os direitos dos indivíduos que o compõem, protegendo-os dos inimigos internos e externos, buscando sempre trazer o gozo pleno da vida, o bem-estar e a dignidade aos cidadãos. Pode fazê-lo de diversas formas; entretanto, em razão da diversidade humana, essencial para a sua existência, não pode o Estado ser intolerante a outras formas de ser, pensar e agir. E se enquadram nesse aspecto questões culturais, pertinentes a religiões e etnias.

Nesse diapasão, entendemos equivocada a posição tomada por Celso Mello<sup>154</sup>, no sentido de que “as minorias são sempre vistas pelo Estado territorial como o enclave que ameaça a sua integridade territorial. A intenção do Estado é sempre de assimilá-la o mais rápido possível, enquanto a minoria luta para defender as suas características”. Os Estados não podem ver as minorias nesse sentido, já que a soberania reside no povo, concretamente analisado de uma forma democrática. A nacionalidade, se tomada numa ideologia unilateral e prepotente, configura um caminho que conduza da civilidade para a bestialidade.

Afirma Ana Maria Lopes<sup>155</sup> que “*A través de los siglos en la historia de la humanidad, las minorías han sido eliminadas, asimiladas o discriminadas. Esta es una situación que hoy aparece con mayor evidencia debido a la Globalización, cuando el mundo parece no tener más fronteras*”. Celso Mello<sup>156</sup> complementa o entendimento esposado, sustentando que a “globalização provoca dialeticamente o ‘localismo’ [...] Os diferentes povos, com receio de perderem a sua identidade diante da globalização, ‘exacerbam’ seus traços culturais próprios”. A esse respeito, é salutar a crítica de Ana Maria Lopes<sup>157</sup>, no sentido de que “*Los que temen una relativización de valores son los mismos que quieren continuar imponiendo sus propios valores como los ‘universalmente correctos’*”.

<sup>153</sup> **Teoria geral do estado**, p. 97.

<sup>154</sup> **Curso de direito internacional público**, v. 2, p. 928.

<sup>155</sup> **Derechos humanos, indígenas y multiculturalismo**, p. 218.

<sup>156</sup> *Op. cit.*, p. 915.

<sup>157</sup> *Op. cit.*, p. 217.

A maior manifestação de ações intolerantes deu-se no período da Segunda Guerra Mundial. Trata-se do Holocausto, a matança de milhões de indivíduos (em grande parte, judeus) provocada pelo nacional-socialismo alemão, encabeçado por Hitler, inicialmente pela discriminação (obrigatoriedade da utilização do símbolo da estrela de Davi), seguido do confinamento nos campos de concentração e extermínio (tendo como maior exemplo Auschwitz), e a prática de atos de tortura e experimentos biológicos em civis.

Ainda não se falava em genocídio. Este termo somente foi consagrado em 1948. O estatuto de Londres, de 1945, que instituiu o Tribunal Penal Internacional em Nuremberg, específico para os crimes internacionais cometidos na Segunda Guerra Mundial, definiu essa prática dentro dos crimes contra a humanidade (artigo 6º, alínea c), sem denominação.

O genocídio não quer significar apenas o assassinio de pessoas de uma raça, como a princípio pode parecer; o termo vai abranger quaisquer grupos culturais, não necessariamente ligados por fatores raciais. Portanto, pode-se concluir que o genocídio “pode ser definido genericamente como aquele crime perpetrado com a intenção de destruir grupos étnicos, sociais, religiosos ou nacionais”<sup>158</sup>.

Destaca Ian Brownlie<sup>159</sup> que “O conceito de crimes contra a humanidade conduziu à adoção, pela Assembleia Geral, da Convenção para a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio”, já apresentada na seção 4.2.2. A Convenção inovou em relação ao estatuto do Tribunal de Nuremberg, porquanto instituiu a possibilidade de ocorrência desse crime em tempos de paz. Ainda se critica muito essa Convenção, por apresentar certo enfraquecimento, porque, dentre outras coisas, afastou de sua amplitude o genocídio cultural e o genocídio político, não se instituiu uma Corte Internacional Criminal (sem prejuízo dos tribunais *ad hoc*), estipulou uma cláusula facultativa para aplicação às colônias, e teve reservas feitas pela União Soviética e pelas Filipinas. Aliás, importa apontar que essa Convenção já está bastante defasada, pois é de 1948, tendo quase sessenta anos.

Em 1968, esse crime, enquadrado como crime contra a humanidade, foi considerado imprescritível, pela Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade, apontando, na exposição de motivos que “os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade se incluem entre os crimes de direito internacional mais graves”. Na verdade, posicionamos-nos no entendimento segundo o qual o genocídio configura-se como o delito internacional da maior gravidade já existente. E o fazemos por um

---

<sup>158</sup> MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**, v. 2, p. 930.

<sup>159</sup> **Princípios de direito internacional público**, p. 586.

único motivo: como viemos sustentando, o genocídio, além de provocar a morte de uma pluralidade de indivíduos, vai provocar a “morte” da cultura, e, em consequência, a “morte” da diversidade (cultural). Além da morte de seres humanos (já violando direitos humanos individuais), o genocídio provoca a “morte” de parte da humanidade que havia neles (em visível violação a direito difuso).

Portanto, somente diante de atos de genocídio poderia, em nossa concepção, um Estado intervir em outro, sem a autorização do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas. Mas não devem ser pautados como atos de genocídios os arrolados no artigo 2º da Convenção, pois, como já salientamos, esse artigo (e a Convenção em si) disciplina os atos de genocídio numa perspectiva meramente individual, configurando o crime quando cometido contra membros do grupo. Para que se possa falar em intervenção, os atos devem ser vistos sob a ótica da coletividade, ou seja, que o crime tome proporções nacionais.

Nesse sentido, não haveria violação à soberania do Estado, uma vez que o próprio ente implicitamente a renunciou quando praticou ou permitiu que os nacionais praticassem atos de genocídio. Explicamos. Partindo do pressuposto de que cada indivíduo possui parcela da soberania (ou legitimidade) estatal, não se enquadrando como criminosos, uma medida estatal que importe no próprio autoflagelamento vai de encontro à vontade geral. Caso se argumente que os atos praticados foram de acordo com o disposto em lei, ou em qualquer ato estatal semelhante, não quer dizer que tal ato seja soberano. Como já mencionamos, em certas ocasiões a vontade da maioria vai colidir com uma vontade geral pré-existente. Assim, pode-se considerar que existe uma *volonté générale* na origem dos Estados, segundo a qual o soberano, ou o representante de seu poder, deve respeitar a identidade cultural de seus nacionais, independentemente se maioria ou minoria. Em consequência, as leis, atos ou omissões estatais que impliquem o genocídio não corresponderão à vontade geral da nação.

Contra esse Estado intolerante, que deixa de ser soberano, o Direito deve permitir a independência das minorias, agora vistas como povos. O princípio da autodeterminação, nessa situação, prevalecerá sobre o princípio da integridade territorial, e, em consequência, sobre o princípio da não-intervenção. A intervenção independerá de o genocídio estar ocorrendo internamente no Estado, porque, sem medo de se repetir, segundo Brownlie<sup>160</sup>:

Certas questões, principalmente as respeitantes ao direito à autodeterminação e ao princípio da não discriminação em questões raciais, são consideradas pela

---

<sup>160</sup> **Princípios de direito internacional público**, p. 316.

Assembléia Geral como questões de interesse internacional, independentemente de referência expressa a qualquer ameaça à paz e segurança internacionais.

Todavia, o Estado interveniente deverá responsabilizar-se pelas práticas que configurarem crimes de guerra ou crimes contra a humanidade. Deverá ele ter em mira, a princípio, tão-somente a proteção da minoria. Sendo uma minoria regionalizada, a atuação seria mais fácil; no entanto, se for o caso de minoria dispersa no território, poderá o Estado interveniente destituir o chefe político, que já teria renunciado à sua soberania.

E, então, diante da ineficiência e burocracia do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, somente contra a prática do crime internacional mais gravoso e de grandes proporções, como é o caso do genocídio, é que se poderá ter a intervenção humanitária feita por Estados, sem a devida autorização do Conselho de Segurança das Nações Unidas.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não pretendemos dissecar completamente o tema, nem findar com a discussão, já que é um tema tão tormentoso e por vezes complicado de se compreender. Nada impede que futuramente possa-se pensar em outras exceções ao princípio da não-intervenção internacional. Se esta monografia conseguir despertar o interesse do leitor para o assunto, já terá conseguido realizar seu objetivo principal.

Em suma, procurou-se defender nesta monografia os seguintes posicionamentos:

- a) o Direito se apresenta como um bem cultural do homem, sendo a arte de resolver os problemas entre si;
- b) se, no século XX, os direitos humanos ainda não tinham força jurídica vinculante, já no século XXI, passaram a ter essa característica, com a consolidação dos sistemas de proteção internacional no âmbito da ONU e no âmbito dos sistemas regionais de proteção, mediante diversos instrumentos e órgãos;
- c) as soberanias dos Estados, que tem suas origens na legitimidade do chefe político, não obstante seu enfraquecimento com a globalização e com o fortalecimento do Direito Internacional, não foram suprimidas, tendo permanecido neles, em razão da proteção dos interesses nacionais e da necessidade da existência de Estados soberanos para a formação do sistema de Direito Internacional nos moldes concebidos;
- d) os princípios relativos aos direitos humanos, à soberania dos Estados, à autodeterminação dos povos, à integridade territorial e à não-intervenção, por sua natureza principiológica, a despeito do disposto em tratados ou convenções, não são absolutos, podendo ser relativizados pelo caso concreto;
- e) o sistema internacional de proteção dos direitos humanos da Organização das Nações Unidas, em especial o Conselho de Segurança, em razão do seu sistema burocrático e ineficiente, aliado também dos interesses políticos de seus membros permanentes, por vezes, deixa de atuar de forma célere e eficaz na resolução de questões de relevância internacional, com sérios prejuízos, quando se trata de direitos humanos;

- f) a possibilidade de intervenção humanitária poderá ocorrer em relação a violações a direitos humanos com grande risco de prejuízos para a humanidade, e que tenham ampla repercussão;
- g) a autodeterminação dos povos pode e deve ser vista sobre duas perspectivas, a da nação como um todo, e a das minorias, devendo o direito à autodeterminação destes grupos se compatibilizar com os princípios da soberania e da integridade territorial;
- h) as minorias vêm, cada vez mais, sendo objeto de consideração pelas Nações Unidas, na proteção de seus direitos de manifestação cultural, participação política, e de autodeterminação, este último em casos muito específicos, como colônias e grupos indígenas;
- i) a questão territorial pode entrar em jogo quando se trata da proteção das minorias culturais, a depender do tipo de grupo em enfoque: quando se tratar de povos autóctones, o Estado pode determinar uma área de preservação; já para imigrantes e nações em Estados multinacionais, a federalização pode ser uma saída viável;
- j) configurado o princípio da razoabilidade, o genocídio seria a única possibilidade para intervenção de um Estado em outro com base em violação a direitos humanos, sem autorização do Conselho de Segurança das Nações Unidas, porque o Estado que pratica ou se deixa praticar atos de genocídio deixou de agir soberanamente.

## REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução Alfredo Bosi. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. **Teoria política da soberania**. Belo Horizonte: Malheiros, 2001.
- AMERASINGHE, Chittharanjan Felix. **Principles of the institutional law of international organizations**. 2. ed. Nova Iorque: Cambridge Univeristy Press, 2005.
- ARAÚJO FILHO, Aldy Mello de. **A evolução dos direitos humanos: avanços e perspectivas**. São Luís: EDUFMA; AAUFMA, 1997.
- ARISTÓTELES, **Ética a nicômacos**. Tradução Mário da Gama Kury. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra S.A., 1997.
- \_\_\_\_\_. **Locke e o direito natural**. Tradução Sérgio Bath. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 16 nov. 2007.
- \_\_\_\_\_. Decreto 592, de 6 de julho de 1992. Anexo. **Pacto dos Direitos Civis e Políticos**. Disponível em: <[http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/pacto\\_dir\\_politicos.htm](http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_politicos.htm)>. Acesso em: 13 nov. 2007.

BROWNLIE, Ian. **Princípios de direito internacional público**. Tradução Maria Manuela Farrajota et al. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

CARPIZO, Jorge. Globalización y los principios de soberanía, autodeterminación y no intervención. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, México, DF, v. 4, p. 117-148, 2004.

COUTURE, Eduardo Juan. **El arte del derecho y otras meditaciones**. Montevideu: Fundación de Cultura Universitária, 1991.

CUNHA, Fernando Whitaker da. **Democracia e cultura: a teoria do estado e os pressupostos da ação política**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Tradução Leandro Konder. 12. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1991.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 1997.

FERREIRA, Luís Pinto. **Teoria geral do estado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1975, v. 1.

HÄBERLE, Peter. Soberanía cultural en el estado federal. Desarrollos y perspectivas. Tradução Joaquín Brage Camanazo. **Estudios Constitucionales: Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales**, Santiago, Año 4, n. 1, p. 367-407, jul. 2006.

HERKENHOFF, João Baptista. **Curso de direitos humanos: gênese dos direitos humanos**. São Paulo: Acadêmica, 1994, v. 1.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LECLERCQ, Jacques. **Do direito natural à sociologia**. Tradução Alípio Maia de Castro. São Paulo: Duas Cidades, [1979?].

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Derechos humanos, indígenas y multiculturalismo. **Nomos**: Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC. Fortaleza, v. 25, p. 209-219, jan./dez. 2006.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 2 v.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** a questão fundamental da democracia. Tradução Peter Naumann. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**. Disponível em <<http://www.unicef.org/brazil/uncarta.htm>>. Acesso em 20 nov. 2007.

\_\_\_\_\_. **Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discriminacao.htm>>. Acesso em 23 nov. 2007.

\_\_\_\_\_. **Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/genocidio.htm>>. Acesso em 23 nov. 2007.

\_\_\_\_\_. **Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade**. Disponível em: <[http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Sist\\_glob\\_trat/texto/guerra/imprescritibilidade.htm](http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Sist_glob_trat/texto/guerra/imprescritibilidade.htm)>. Acesso em 27 nov. 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**: ou princípios do direito político. Tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002.

SALVETTI NETTO, Pedro. **Curso de teoria do estado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**. 13. ed.. São Paulo: Saraiva, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

THORNBERRY, Patrick. International system of protection of minorities. In: Conselho da Justiça Federal et al. **Seminário internacional**: as minorias e o direito, Brasília, v. 24, p. 15-25, 2003.

VERDROSS, Alfred. **Derecho internacional publico**. Tradução Antonio Truyol Y Serra. 6. ed. Madrid: Aguilar, 1978.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado**. Tradução Karin Praefke-Aires Coutinho. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.