



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ  
FACULDADE DE DIREITO**

**HERTHA OLIVEIRA NASCIMENTO**

**DA RELATIVIZAÇÃO DA SOBERANIA ESTATAL ANTE A  
NECESSIDADE DE PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS  
HUMANOS DOS IMIGRANTES ILEGAIS.**

**FORTALEZA  
2012**

HERTHA OLIVEIRA NASCIMENTO

DA RELATIVIZAÇÃO DA SOBERANIA ESTATAL ANTE A NECESSIDADE DE  
PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS DOS IMIGRANTES  
ILEGAIS.

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, UFC, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharela em Direito.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Tarin Cristino Frota Mont'Alverne

FORTALEZA

2012

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação  
Universidade Federal do Ceará  
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

- 
- N244d Nascimento, Hertha Oliverira.  
Da relativização da soberania estatal ante a necessidade de proteção internacional dos direitos humanos dos imigrantes ilegais / Hertha Oliveira Nascimento. – 2012.  
69 f.: il. color., enc. ; 30 cm.
- Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2012.  
Área de Concentração: Direito Internacional.  
Orientação: Profa. Dra. Tarin Cristino Frota Mont'alverne.
1. Soberania. 2. Direitos humanos - Brasil. 3. Direito de migração - Brasil. I. Mont'alverne, Tarin Cristino Frota (orient.). II. Universidade Federal do Ceará - Graduação em Direito. III. Título.

HERTHA OLIVEIRA NASCIMENTO

DA RELATIVIZAÇÃO DA SOBERANIA ESTATAL ANTE A NECESSIDADE DE  
PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS DOS IMIGRANTES  
ILEGAIS.

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, UFC, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharela em Direito.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Tarin Cristino Frota Mont'Alverne.

Aprovada em 11 de junho 2012.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof.<sup>a</sup> Doutora Tarin Cristino Frota Mont'Alverne (Orientadora)  
Universidade Federal do Ceará ( UFC)

---

Prof. Francisco Araújo Macedo Filho  
Universidade Federal do Ceará ( UFC)

---

Prof. Renato Barbosa Vasconcelos.(Mestrando)  
Universidade Federal do Ceará ( UFC)

A Deus, criador do universo.

Aos meus familiares queridos, pelo tempo que deixamos de estar juntos.

A Diego Marcelo de Oliveira Alves, *in memoriam*.

## **AGRADECIMENTOS**

À minha família e ao meu noivo, por terem sido meu sustentáculo durante esses 5 anos de faculdade.

À professora Tarin Mont'Alverne, pela inspiração, apoio e incentivo.

Aos meus amigos, pela compreensão e carinho, em especial a Artur, Bárbara, Eduardo, Fernanda, Juliana, Luana, Matheus, Priscila, Priscylla, Renato, Sofia, Victor.

Aos meus professores e colegas de curso, pela troca de experiências.

Aos membros de minha banca, pela paciência e pelo exemplo de simplicidade, caráter e sucesso profissional.

“Se a humanidade ignora o sentido da Vida e jamais poderá discerni-lo, é impossível distinguir a justiça da iniquidade, o belo do horrendo, o criminoso do sublime, a dignidade do aviltamento.”

(Fábio Konder Comparato)

## RESUMO

O presente trabalho objetiva estudar o direito internacional dos direitos humanos, abordando a nova concepção de soberania estatal que surgiu em decorrência da internacionalização dos Direitos humanos. A justificativa para a escolha do tema está relacionada a realidade vivida por milhares de imigrantes clandestinos que acabam tendo direitos básicos relegados pelos Estados em virtude da alegação do princípio da soberania e da não-intervenção. Em virtude das inúmeras reflexões acerca dos direitos humanos no pós-segunda guerra, ficou patente a necessidade de proteção dos direitos humanos no plano internacional. Isso teve como consequência a constatação de que o Direito Internacional dos Direitos Humanos seria ineficiente enquanto não se rompesse o tradicional conceito de soberania estatal. O trabalho demonstra a dicotomia existente entre a eficácia dos direitos humanos no plano internacional e a soberania estatal. Contudo, busca-se demonstrar que o dogma da soberania absoluta está defasado ante as novas relações sociais internacionais. A investigação do tema está pautada em esclarecer o verdadeiro sentido do conceito de soberania. De fato ela não retira do Estado o poder supremo diante de outras nações, mas, sim, busca evidenciar que, com o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o homem passou a ser sujeito internacional de direitos, de modo que o Estado não pode se escusar de proteger o indivíduo de violações no âmbito doméstico sob o argumento de exercício da soberania. Uma vez sujeito internacional de direitos, as garantias do indivíduo se estendem além do território estatal. Outrossim, isso não retira do Estado o dever de defender os indivíduos com os quais não mantêm relação jurídica, justamente em virtude da amplitude da garantia de proteção do direito internacional público. Em verdade, o que ocorre não é uma mitigação da soberania estatal, pois a proteção de direitos humanos está inserida no próprio conceito de soberania, uma vez que é soberano o indivíduo. Revela-se ao fim que a dignidade da pessoa humana é a substância do direito internacional, logo também é fundamento do Estado. Com efeito, o indivíduo não pode ser usado como meio pelo Estado, o outorgado, pois o ser humano nunca pode ser meio, mas apenas o fim. Nesse sentido, o Estado é uma ferramenta do ser humano para atingir seus desígnios, e não se pode admitir que essa ferramenta se sobreponha ao seu outorgante, nem mesmo a qualquer indivíduo, pois a função do Estado é garantir o bem-estar e a dignidade da pessoa humana. A violação dos direitos humanos acarreta, isso sim, uma violação à própria soberania. A proteção internacional dos direitos humanos não pode, portanto, significar afronta a soberania, pois o Estado é composto por indivíduos que devem ter sua dignidade protegida, mesmo que estes indivíduos não sejam nacionais, pois o Direito



Internacional dos Direitos Humanos busca assegurar a tutela de direitos fundamentais dos indivíduos.

**Palavras-chave:** Soberania. Direitos humanos. Imigrante ilegal.

## ABSTRACT

This paper aims to study the international law of human rights, addressing the new conception of State sovereignty that arose due to the internationalization of Human Rights. The justification for the choice of topic is related to the reality experienced by thousands of illegal immigrants who end up relegated basic rights by States under the claim of the principle of sovereignty and nonintervention. Because of the numerous reflections on human rights in post-war period has demonstrated the need for protection of human rights internationally. This led to the realization that the international law of human rights would be ineffective until it broke apart the traditional concept of State sovereignty. The work demonstrates the dichotomy between the realization of human rights in the international and State sovereignty. However, we seek to demonstrate that the dogma of absolute sovereignty is outdated compared to the new international social relations. The research theme is based on clarifying the true meaning of sovereignty. In fact, it does not deprive the State supreme power against other nations, but rather seeks to show that with the development of international law of human rights, the man became a subject of international rights, so the State can not excuse itself to protect the individual from abuses in the home under the pretext of exercising sovereignty. Once the subject of international rights, guarantees the individual extend beyond State territory. Moreover, it does not deprive the State the duty to defend the individuals with whom they do not maintain a legal relationship, precisely because the amplitude of the security protection of public international law. In fact, what occurs is not a mitigation of State sovereignty, for the protection of human rights inherent in the concept of sovereignty, since the individual is sovereign. It appears to the end that the dignity of the human person is the substance of international law, so also is the foundation of the State. Indeed, the individual can not be used as a means by State, given as a human being can never be through, but only the end. It means that the State is a tool of human beings to achieve their purposes, and we can not admit that this tool overlaps its grantor, nor even any individual, because the State's role is to ensure the welfare and dignity of human person. The violation of human rights entails, rather, a violation of sovereignty. The international protection of human rights can not therefore mean affront to sovereignty, because the State is composed of individuals who should have their dignity protected, even if these individuals are not citizens, because human rights law seeks to ensure the protection of fundamental rights of individuals.

**Keywords:** Sovereignty. Human Rights. Illegal Immigrant.

## LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 - Violações de direitos humanos.....	69
Gráfico 2 - Áreas que oferecem riscos aos direitos humanos em 2012.....	69

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

OEA – Organização dos Estado Americanos

ONU – Organização das Nações Unidas

ONGs – Organizações Não-Governamentais

OIM – Organização Internacional de Migrações

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>13</b>
<b>2</b>	<b>O ESTADO SOBERANO PERANTE O DIREITO INTERNACIONAL.....</b>	<b>15</b>
<b>2.1</b>	<b>A fundação do estado soberano.....</b>	<b>15</b>
<b>2.1.1</b>	<i>Do Estado absolutista ao Estado liberal.....</i>	<b>19</b>
<b>2.1.2</b>	<i>Do Estado liberal ao Estado social.....</i>	<b>22</b>
<b>2.2</b>	<b>O conceito moderno de soberania.....</b>	<b>25</b>
<b>2.2.1</b>	<i>O dogma da soberania estatal absoluta.....</i>	<b>29</b>
<b>2.2.2</b>	<i>A releitura do conceito de soberania.....</i>	<b>31</b>
<b>2.3</b>	<b>Os atuantes na ordem jurídica internacional.....</b>	<b>33</b>
<b>2.3.1</b>	<i>A afirmação do homem como sujeito de direitos internacional.....</i>	<b>36</b>
<b>3</b>	<b>SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....</b>	<b>38</b>
<b>3.1</b>	<b>Breve histórico dos direitos humanos.....</b>	<b>38</b>
<b>3.1.1</b>	<i>As declarações de direitos.....</i>	<b>39</b>
<b>3.2</b>	<b>Universalismo e Relativismo Cultural.....</b>	<b>42</b>
<b>3.3</b>	<b>A consolidação dos direitos humanos.....</b>	<b>44</b>
<b>3.4</b>	<b>A internacionalização dos direitos humanos.....</b>	<b>45</b>
<b>3.5</b>	<b>O sistema normativo internacional dos direitos humanos e sua eficácia.....</b>	<b>49</b>
<b>4</b>	<b>DO IMIGRANTE INDOCUMENTADO.....</b>	<b>53</b>
<b>4.1</b>	<b>As origens do reconhecimento de direitos ao estrangeiro.....</b>	<b>54</b>
<b>4.2</b>	<b>O novo direito internacional privado e os direitos humanos.....</b>	<b>56</b>
<b>4.3</b>	<b>A influência dos direitos humanos no direito internacional privado.....</b>	<b>56</b>
<b>4.4</b>	<b>A proteção dos direitos humanos do imigrante ilegal.....</b>	<b>58</b>
<b>4.5</b>	<b>A eficácia dos direitos humanos no caso do imigrante ilegal.....</b>	<b>61</b>
<b>5</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>66</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>68</b>
	<b>ANEXOS.....</b>	<b>70</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O cenário pós-segunda guerra deixou marcas tão profundas na sociedade moderna, por conta das atrocidades cometidas por homens contra homens, sem nenhuma razão lógica aparente – de fato nada justifica a barbárie ocorrida, que as civilizações, antes tidas como mais avançadas sob uma visão eurocêntrica, acabaram tendo que conhecer um juízo de exceção “em nome do salvamento da humanidade”.

Atualmente, apesar do amplo reconhecimento dos seres humanos como sujeitos de direitos no plano internacional, em especial de direitos humanos, ainda ocorrem violações graves a esses direitos inatos ao homem<sup>1</sup>. Isso impõe que os Estados violadores também possam ser internacionalmente responsabilizados. O cerne do problema está na concepção maniqueísta de que soberania e eficácia dos direitos humanos se contrapõem.

A ideia de escrever sobre imigrantes ilegais no contexto dos direitos humanos surgiu da situação dos chamados imigrantes não-documentados, que devido a essa circunstância se veem em um ciclo perene de segregação social, já que não podem trabalhar, pois não são “legais”, conseqüentemente não podem melhorar suas condições de vida no novo país.

Embora nenhum benefício advenha da permanência no novo país, os ilegais ainda preferem tal situação por entenderem no seus países de origem as condições de vida são ainda piores.

O presente trabalho pretende avaliar até que ponto a soberania de um país pode se sobrepor e transgredir os direitos humanos nos casos de imigração ilegal. Espera-se com isto colaborar com a busca de propostas para solucionar para a questão.

Busca-se demonstrar que o Direito Internacional dos Direitos Humanos ganhou amplitude tamanha que ultrapassa as barreiras Estatais, sobrevivendo, nessa seara específica, uma relativização da soberania, corolário da necessidade de proteção dos direitos humanos. Logo, em caso de violação de direitos humanos, uma possível intervenção não se traduziria necessariamente em ofensa a soberania estatal, mas um mecanismo de proteção a quem passou a ser também sujeito de direitos internacional.

Com a finalidade de alcançar os objetivos apresentados, optou-se por realizar um estudo gradativo sobre o desenvolvimento dos direitos humanos, indo desde a ideia de

---

<sup>1</sup> A esse respeito, vide gráficos em anexo.

soberania estatal, passando pelo contexto da internacionalização dos direitos humanos, com consequente reconhecimento do ser humano como ser de direitos no plano internacional, e desaguando na responsabilização internacional de Estados violadores de direitos humanos. Em seguida, serão abordados fatos e fenômenos de determinada realidade, sobre os quais será descrito o direito violado, explorando também a abordagem da perspectiva do Estado.

Para coleta de dados relevantes ao estudo foi feita uma pesquisa exploratória, que focou em obras de Direito Internacional Público e Privado, Direitos Humanos, Teoria do Estado, periódicos, e jurisprudências das Cortes internacionais sobre o assunto.

No que concerne aos direitos do estrangeiro, foram utilizadas basicamente doutrinas de Direito Internacional Privado e Direitos humanos, além de publicações sobre o tema.

Os dados foram organizados em um banco de dados a fim de facilitar a análise e a concatenação das ideias para a redação do presente trabalho.

O trabalho foi dividido em quatro partes: a primeira faz um histórico do surgimento do Estado, como foco no surgimento do Estado soberano. A segunda parte trata do surgimento e desenvolvimento dos direitos humanos, e a internacionalização desse direitos. A terceira parte aborda o processo de internacionalização dos direitos humanos e expõe a questão da relativização da soberania. Por fim, na quarta parte faz-se um breve histórico do surgimento dos direitos do estrangeiro e conclui-se que a essência dos direitos humanos é proteger o indivíduo, de modo que o Estado não pode se omitir de tutelar o estrangeiro, com que não tem relação jurídica, sob o argumento de exercício da soberania.

## 2 O ESTADO SOBERANO PERANTE O DIREITO INTERNACIONAL

O Estado tem função sobremaneira nas relações internacionais e também no âmbito nacional, em virtude de ser o representante da nação e o outorgado pelo povo dos poderes a eles inerentes. Cumpre ao Estado o papel de defender o indivíduo em qualquer circunstância. A questão da soberania estatal é, sem dúvida alguma, uma questão de honra dos Estados, portanto, cabe demonstrar a origem desse poder e igualmente observar que tal poder não pode ser absoluto, sob pena de tornar ineficaz a proteção internacional dos direitos humanos.

### 2.1 A fundação do estado soberano

A humanidade sempre viveu repartida em pequenos grupos humanos, unidos para atingir um bem comum. O homem, “ser político” que é, não pode viver fora da sociedade. Ele tem uma vocação inata para a vida social, principalmente por questão de sobrevivência.

Inicialmente os membros dos grupos involuntariamente se uniam por vínculos psíquicos, afetivos, formando as Comunidades, que têm como exemplo primordial a família.

Ao longo da história da humanidade, esses grupos de pessoas naturalmente continuaram e se unir para, em um processo de mútua influência, formar um complexo de relações, buscando interesses coincidentes, dando origem à Sociedade. Diferentemente das comunidades, na qual os indivíduos se vinculam por laços de solidariedade inconsciente, de teor emocional, na sociedade os homens se ligam pela necessidade natural de otimizar as complexas relações entre os indivíduos. Aqui, o ser humano se submete, por sua própria vontade e natureza social, a uma organização superior, com a finalidade de promover o bem comum, através de manifestações de conjunto ordenadas.

Embora predomine a teoria organicista<sup>2</sup> da origem da sociedade, a teoria mecanicista, que concebe a sociedade contratual, exerceu grande influência nos estudos sobre os fundamentos da democracia, tendo como expoente Jean-Jacques Rousseau. De todos os filósofos, aliás, ele foi o que melhor distinguiu Sociedade de Estado.

---

<sup>2</sup> Segundo Dalmo Dallari, a teoria orgânica é atualmente predominante para explicar os fundamentos da Sociedade. Para os organicistas, a sociedade é um fato natural. A própria natureza do homem o fez aceitar voluntariamente as limitações impostas pela vida social, pois o homem tem necessidade não só material como psicológica convívio de cooperação do seres humanos para a consecução dos fins de sua existência. Em contraposição, há a corrente mecanicista que defende a sociedade pactual, resultado de um acordo de vontades que acaba por negar o impulso associativo do ser humano. (DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p.7- 9).



Rousseau, no livro “O Contrato Social”, apresenta a sociedade como sendo produto de um contrato, celebrado para livrar o homem do estado de natureza e levá-lo ao estado social no qual um homem abre mão de suas liberdades para entrar em consenso com os demais, estabelecendo a ordem social. No estado de natureza rousseauiano, o homem era predominantemente bom, porém não conseguiria, por suas próprias forças, subsistir no estado primitivo. Fazia-se necessário, portanto, encontrar uma forma de associação capaz de defender os interesses dos indivíduos de qualquer ameaça, firmando uma ordem social, mas que não restringisse a liberdade e a força desses indivíduos. Essa convenção deveria ainda colocar os homens em semelhante patamar igualdade. É a partir dessas perspectivas que Rousseau concebe a origem do Estado, como esclarece Dallari:

Nesse instante, o ato de associação produz um corpo moral e coletivo, que é o *Estado*, enquanto mero executor de decisões, sendo o *soberano* quando exercita um poder de decisão. O soberano, portanto, continua a ser o conjunto das pessoas associadas, mesmo depois de criado o Estado, sendo a soberania inalienável e indivisível.<sup>3</sup> (grifo do autor).

Posteriormente surgiu uma forma de sociedade peculiar, denominada de Estado. Trata-se de tipo de sociedade política de maior importância - dada a sua amplitude e capacidade de influir e condicionar - na qual as ações humanas são coordenadas com o escopo de um bem comum, qual seja, a criação de condições para que os seus membros alcancem seus objetivos particulares<sup>4</sup>.

Para Rousseau, esse agrupamento humano em associação passou a atender ao interesse do grupo, expresso por uma “vontade geral”, que nada mais é que a vontade coincidente, comum dos membros. Na Sociedade, de outra parte, essa vontade seria uma “vontade de todos”, ou seja, a soma de vontades individuais.

A fim de se compreender melhor a evolução histórica do Estado, importa esclarecer sobre as teorias relativas à época do seu aparecimento.

O Estado é a mais complexa das organizações criadas pelo homem. Várias correntes doutrinárias buscaram justificar o seu surgimento, porém a maioria dos estudiosos entende que a formação originária do Estado está ligada ao atendimento das necessidades ou conveniências dos grupos sociais. Logo, o Estado seria um mero aparelho do qual se serve o homem para alcançar, na Sociedade, a realização de seus fins.

Existem outras duas notáveis correntes que concebem o surgimento do Estado a partir de aspectos diversos: uma preconiza que o Estado sempre existiu e é onipresente na

---

<sup>3</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p.14.

<sup>4</sup> *Idem, ibidem*, p.41.

sociedade humana; já a outra entende como Estado a sociedade política dotada de certas características muito bem definidas, e que sobreviria à ideia de soberania. A respeito desse último posicionamento, dentre os inúmeros autores adeptos, avulta a figura de Balladore Pallieri, que afirma que o Estado nasceu em 1648, ano em que foi assinada a paz da Westifália.

O concepção moderna de Estado é produto do processo de evolução político-jurídica pelo qual a humanidade percorreu no curso de sua caminhada histórica. Passou pelo Estado Teocrático Oriental, pela polis grega, além do Estado romano, até chegar ao Estado Medieval, que culminou no Estado Moderno.

A expressão “Estado” foi usada pela primeira vez com o sentido de sociedade política na obra “O Príncipe” de Maquiavel, escrita em 1513. A partir daí, o termo passou a ser usado em referência a territórios independentes.

Não obstante outras acepções, o Estado pode ser definido, segundo Paulo Bonavides citando Duguit, como “toda sociedade humana na qual há diferenciação entre governantes e governados, e em sentido restrito ‘como grupo humano fixado em determinado território, onde os mais fortes impõem aos mais fracos sua vontade’.”<sup>5</sup>. Também o define Jellinek como sendo “a corporação de um povo, assentado num território e dotada de um poder originário de mando”<sup>6</sup>.

Nas palavras de Dardeau de Carvalho:

O Estado, portanto, nada mais é do que a nação politicamente organizada. Estado e nação são entidades coincidentes, são dois momentos de um só fenômeno, - a vida em sociedade, - como acentuamos de início. O Estado é a expressão jurídico-política das nações, é a forma por que se apresentam no convívio internacional.<sup>7</sup>

O Estado é, em suma, um “organismo político administrativo que, como nação soberana ou divisão territorial, ocupa um território determinado, é dirigido por governo próprio e se constitui pessoa jurídica de direito público, internacionalmente reconhecida.”<sup>8</sup>. Possui como elementos constitutivos o poder político, território, povo e finalidade.

Com respeito ao poder do Estado, importa apresentar suas feições características, que o diferenciam das demais sociedades: imperatividade, capacidade de auto-organização, poder uno e indivisível, princípio da legalidade e legitimidade e soberania.

<sup>5</sup> DUGUIT, 1923, *apud* BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 64.

<sup>6</sup> G.JELLINEK, 1914, *apud* BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 67.

<sup>7</sup> CARVALHO, A. Dardeau de. **Nacionalidade e Cidadania**. Rio de Janeiro:Livrarias Freitas Bastos, 1956, p.8.

<sup>8</sup> FERREIRA, Aurélio B. de Hollanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p.714.

Um dos traços essenciais que derivam do poder estatal é a soberania, expressão de autoridade suprema do Estado, no âmbito interno e externo.

O desenvolvimento do conceito de soberania está ligado ao surgimento do Estado Moderno absolutista. As monarquias se firmaram como titulares de um poder absoluto com sustentáculo na teorização da soberania, que fez desta um instrumento político de um poder absoluto e inerente ao monarca.

O responsável pela formulação da ideia de soberania, que mais adiante foi vinculada ao conceito de Estado, foi Jean Bodin, com a obra “Les Six Livres De La Republique” (Os Seis livros da República), a primeira a desenvolver o conceito de soberania de forma sistematizada. Segundo Bodin, a soberania é um poder absoluto e perpétuo, que representa a vontade de Deus, e é limitado apenas pela lei divina e pela lei natural. A sua teoria serviu para a legitimação do poder da monarquia absolutista.

Em meados do século XVI, com o decadência do feudalismo e o progressivo crescimento das atividades comerciais, a burguesia nascente aos poucos foi ganhando poder econômico. Visava expandir seus negócios, contudo, o modelo de organização feudal, de poder descentralizado, e as invasões bárbaras criavam um quadro de insegurança e instabilidade política, econômica e social prejudicial aos interesses burgueses.

Com o renascimento comercial, a terra deixou de ser a única fonte de riqueza, porém o poder ainda não estava ao alcance da burguesia. O poder político estava dividido entre os grandes proprietários de terras, os chamados senhores feudais. Vale lembrar que a Igreja também era proprietária de grandes extensões territoriais, e seu alto clero gozava de prestígio social e influência política, já que era responsável pela transmissão da ideologia de dominação servil vigente à época.

Esse cenário gerou a necessidade de imposição de ordem. Tal só seria possível com a unificação territorial e a formação de um poder político concentrado. Outrossim, a Igreja aspirava à unidade política, mas pensando na formação de uma unidade religiosa.

A burguesia viu no conceito de Estado a ferramenta propícia à realização de seus anseios. Com base no direito natural, foi desenvolvida a teoria do "direito divino dos reis", que preconizava a origem divina da monarquia, de modo que aos súditos caberia apenas acatar todas as decisões reais.

A burguesia utilizou-a para estreitar os laços de poder com a monarquia e dissolver de vez o corporativismo medieval. A partir dessa aliança, instaurou-se o pensamento político que fundamentou no Estado Moderno absolutista, com esteio na doutrina da monarquia divina. A relação estabelecida atendeu ao interesse de ambas as partes, já que

fortaleceu o poder da Coroa e promoveu a estabilidade, a ordem e a tranquilidade engendradas pela burguesia.

A obra de Maquiavel também exerceu forte influência na nova organização política. Ele defendia a construção de um Estado como um fim em si mesmo, forte, livre das amarras da igreja e conduzido por um monarca absoluto, que poderia utilizar qualquer recurso para alcançar seus objetivos, porquanto os fins justificam os meios.

Além da teoria de Maquiavel sobre o Estado absoluto, e de Bodin com o conceito de soberania absoluta, mereceram destaque por apresentarem fundamentos teóricos para o absolutismo: Thomas Hobbes, que no livro “Leviatã” apresenta Estado como um monstro todo-poderoso, apto a conduzir o homem do estado de natureza, no qual reina o caos, ao estado social no qual um homem, o rei, é capaz de estabelecer a ordem social; e Jacques Bossuet, que intensificou a teoria da origem divina do poder dos reis, ao afirmar que o poder político do monarca era delegado por Deus, e sua autoridade era ilimitada e incontestável. Foi ele o criador da célebre frase “Um rei, uma fé, uma lei”.

Durante o Estado moderno absolutista, o monarca se firmou como titular do poder absoluto, consolidando soberania e Estado, esta projeção daquela<sup>9</sup>, exercendo de fato e de direito os atributos da soberania.

Nesse período destacam-se as mudanças ocorridas no plano político, com a ampliação do domínio monárquico por conquistas ou por alianças, o que acarretou uma centralização monárquica cada vez maior. A estabilidade política favoreceu as trocas comerciais e firmou a burguesia como classe ascendente. Foi a época em que o capitalismo surgiu e foi difundido, sendo o sistema econômico vigente na maioria dos países até hoje. Significou a passagem do feudalismo para o capitalismo.

### ***2.1.1 Do Estado absolutista ao Estado liberal***

Antes de adentrar ao tema central deste tópico, é importante fazer algumas considerações sobre a passagem do Estado absolutista ao Estado liberal e, por fim ao Estado social, a fim de que se possa entender a conjuntura de desenvolvimento dos direitos humanos, bem como assimilar por que a concepção de soberania precisou ser modificada.

No decorrer dos séculos de governo absolutista, as relações entre a nobreza e a burguesia tornaram-se cada vez mais conflituosas. A burguesia aos poucos foi tomando

---

<sup>9</sup> BONAVIDES, Paulo. Teoria geral do Estado. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 35.

consciência de sua importância e passou a criticar o Antigo Regime, opondo-se aos privilégios concedidos à nobreza e ao clero.

Preconizavam que o Estado só iria crescer se houvesse expansão das atividades capitalistas, o que só ocorreria se fosse estabelecido um regime jurídico de igualdade de todos perante a lei, e se houvesse uma reestruturação do Estado, que deveria ser organizado da mesma forma que a burguesia geria seus negócios.

As novas forças do capitalismo entraram em choque com o Estado absolutista e puseram fim ao Antigo Regime, abrindo caminho para a expansão do capitalismo e a revolução industrial. O Iluminismo foi o movimento cultural fomentado pela mudança de mentalidade dos homens. Foi um momento novo, no qual se reconheceu a razão humana como responsáveis pelo progresso material e técnico da humanidade, e que o homem precisaria ser livre para poder alcançar seus objetivos. Defendia basicamente, como uma reação ao Absolutismo Monárquico, a igualdade jurídica de todos perante a lei, tolerância religiosa, racionalismo, liberdade de pensamento e de expressão e a propriedade material.

Diversas ideias iluministas serviram de fundamento filosófico para o combate ao absolutismo monárquico, com destaque para a teoria política de Montesquieu, que tratou de decompor a soberania defendendo, na obra “O espírito das leis”, a separação de poderes em legislativo, executivo e judiciário, a fim de evitar arbitrariedades dos governantes. Outro famoso pensador iluminista, inspirador da Revolução Francesa, foi Rousseau, que na obra “O contrato social” explana a noção de contrato social, segundo a qual somente um acordo de vontades da maioria dos indivíduos legitima o poder do Estado, e que a vontade geral deveria vincular o soberano na condução do Estado. É importante lembrar ainda a teoria crítica da razão elaborada por Kant, segundo a qual o homem não deve ser um meio, mas um fim em si mesmo. Tal teoria teve suma importância no estudo dos direitos humanos.

A burguesia estava insatisfeita com o regime pois detinha poder econômico, mas não o político. Formulou princípios filosóficos de sua ideologia e pretensiosamente os generalizou como ideias comuns a todas as classes. Foi com subterfúgio no pensamento liberal, corrente ideológica que melhor expressou as suas aspirações, que a burguesia conseguiu realizar seus planos.

A doutrina liberal se opunha ao Estado absolutista, preconizando que o Estado e a soberania eram um estorvo que restringia a liberdade desfrutada na Sociedade, a liberdade do indivíduo. Propunham um regime de governo democrático, com o poder do Estado limitado por uma Constituição e separado em três poderes. Além disso, pregava a liberdade religiosa e

um mercado regido pela lei da oferta e da procura, com mínima intervenção estatal. Teve maior expressividade com os escritos de John Locke e de Adam Smith.

Por meio desses conflitos a burguesia triunfante finalmente derrubou o Estado tirano e colocou-o a serviço da liberdade. Foi proclamada a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, que elencava o ideário burguês de liberdade e igualdade jurídica, respeito à propriedade privada e à dignidade da pessoa humana.

O posterior domínio da máquina governamental pela burguesia, ocorrido a partir da Revolução Francesa, foi imprescindível para a transformação do Estado Moderno em Estado nacional. Surgiu o primeiro Estado jurídico, guardião das liberdades individuais.

A partir da vitória da revolução, a burguesia, legitimada pelo apoio popular revolucionário, se investiu no exercício do poder constituinte e criou um novo governo, estabelecendo uma Constituição limitadora do poder estatal e consagrando direitos do homem.

Com apoio no pensamento liberal, o Estado de direito burguês que foi implantado separando a sociedade em classes: a burguesia e o proletariado, representando, respectivamente, o capital e o trabalho. Ficou claro que os meios de produção eram inacessível ao proletariado.

Nesse sentido, Bonavides afirma que, os liberais criaram uma nova roupagem para o Estado, repleto da "utopia revolucionária dos direitos do homem", e completa dizendo que “o Estado liberal humanizou a ideia estatal, democratizando-a, teoricamente, pela primeira vez, na Idade Moderna. Estado de uma classe - a burguesia- , viu-se ele, porém, condenado à morte, desde que começou o declínio do capitalismo”<sup>10</sup>.

Até o advento da Revolução Industrial, a economia de muitos países era agrária, e o trabalho era basicamente servil e escravo, realizado nas áreas rurais, e sem objetivar lucro. Com a Revolução Industrial, iniciada na Inglaterra no século XVIII, e difundida pelo mundo no século seguinte, o uso da tecnologia alterou o processo produtivo, ocasionando modificações significativas da economia, que passou a ter a industrial como atividade primordial. O uso das máquinas fez com que a produtividade aumentasse. O trabalho artesanal foi sendo substituído pelo trabalho assalariado, estabelecendo-se uma relação empresário-proletariado, entre capital e trabalho.

As relações entre as nações também foram modificadas, pois agora havia países produtores de matéria-prima, explorados, e países fornecedores de bens industrializados.

---

<sup>10</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 23.

Essa nova realidade da industrialização só foi possível devido a um conjunto de fatores: o aperfeiçoamento dos métodos produtivos, a afirmação do capitalismo como sistema econômico e a teoria do liberalismo econômico.

### ***2.1.2 Do Estado liberal ao Estado social***

A busca incessante por lucro fez com que o trabalhador fosse cada vez mais explorado. A lógica era aumentar a produtividade pagando baixos salários e explorando ao máximo o trabalhador.

As péssimas condições de trabalho agravavam ainda mais o quadro de miséria decorrente dos baixos salários. As jornadas de trabalho exaustivas, chegavam até quinze horas por dia, num ritmo acelerado de produção em ambientes sujos, e extremamente insalubres, submetendo os operários a esforços físicos cruéis. Mulheres e crianças também disputavam esses trabalhos indignos, submetendo-se a jornadas ainda mais longas e logrando salários ainda menores que os outros trabalhadores. Não havia proteção à saúde e à segurança do trabalhador, o que tornava comum a ocorrência de acidentes e a disseminação de doenças.

As tão proclamadas liberdade e igualdade conduziram a classe operária a uma situação de completa submissão enquanto a burguesia crescia cada vez mais. A igualdade jurídica foi aos poucos sendo debelada pelas desigualdades sociais.

Nesse contexto, surgem as ideias socialistas, propondo alternativas para a superação das injustiças da sociedade industrial em resposta aos problemas socioeconômicos gerados pelo capitalismo. O socialismo critica o capitalismo e o liberalismo, prega, em suma, a extinção das diferenças de classes.

Não demorou muito para que eclodissem movimentos operários de luta contra a situação de exploração e injustiça. O proletário passou a exigir ação do Estado na regulamentação da vida econômica. A ideia de justiça social se difundiu. Cada vez mais a necessidade de regulamentação das relações trabalhistas foi sendo reconhecida e os Estados passaram a atender às reivindicações operárias.

No século XIX, com a encíclica *Rerum Novarum*, a Igreja condenou a exploração desumana do trabalho e propôs o reconhecimento dos direitos fundamentais dos trabalhadores, inclusive convocando o Estado para a realização de melhorias trabalhistas. Foi assinado ainda o Tratado de Versailles responsável pela humanização das condições de trabalho, no qual os países se comprometeram a regular as relações trabalhistas e criou a Organização Internacional do Trabalho (OIT), com a finalidade de estabelecer paradigmas de

condições dignas de trabalho no âmbito internacional, expedindo convenções e recomendações nesse sentido.

Como consequência, normas de interesse social e de garantias de certos direitos fundamentais passaram a ser inseridos nas Constituições, a exemplo da Constituição mexicana de 1917, a primeira constituição social do mundo. Outrossim, a Constituição de Weimar, de 1919, que também trazia garantias sociais básicas.

Embora o Estado liberal não tenha sucumbido diante das pressões sociais e ideológicas do marxismo, ele se transfigurou em Estado social em razão das transformações superestruturais ocorridas.

A partir do término da I Guerra Mundial, os países capitalista, principalmente os europeus, entraram em crise, pois haviam perdido suas colônias, seus mercados tradicionais. A quebra da Bolsa de Nova Iorque, em 1929, agravou a situação do mundo capitalista. Os conflitos sociais se acentuaram e o aumento dos movimentos operários fez crescer o medo de revoluções socialistas, o que levou alguns países capitalistas a adotar regimes totalitários.

As mudanças acarretadas pelo intenso capitalismo e o imperativo de justiça social que sobreveio ao assolamento das massas, obrigou ao abandono das antigas posições doutrinárias do liberalismo. Isso representou uma ruptura com o Estado liberal.

O não-intervencionismo dos liberais se mostrou ineficiente ante crise, avultando o papel do Estado, que teve de intervir na economia e promover profundas transformações para salvar o capitalismo.

O Estado liberal passou a ser um Estado social ao buscar superar as contradições sociais por meio do “Dirigismo Econômico”, ou seja, a aplicação de medidas assistenciais, tipicamente socialistas, e de intervenção na economia para combater a crise. A inspiração das medidas foi no planejamento econômico da União Soviética.

Segundo Selma Regina de Aragão, a União Soviética em algumas ocasiões, ironicamente, salvou o capitalismo: numa ao incutir medo nos países capitalistas, incentivando-os a, no pós-segunda guerra, realizar reformas econômicas; noutra ao indicar as medidas a serem adotadas para essas reformas; e em outro momento, com a sua derrocada.<sup>11</sup>

O capitalismo conseguiu sobreviver às crises. Após a segunda guerra, porém, sobreveio o neoliberalismo, afirmando que as reivindicações sociais geraram a universalização dos direitos sociais, o que teria prejudicado a acumulação de capital. A partir daí, a nova doutrina passou a defender absoluta liberdade de mercado e uma restrição à

---

<sup>11</sup> ARAGÃO, Selma Regina. **Direitos humanos na ordem mundial**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.12.



intervenção estatal sobre a economia, só devendo esta ocorrer em setores imprescindíveis e ainda assim num grau mínimo. Dessa forma, o Estado social acabou sendo desfalcado pelo neoliberalismo.

Na contemporaneidade o desafio é a revolução tecnológica que modificou o conceito de trabalho, rechaçou o conceito de modo de produção e a cada ano surpreende com uma nova tecnologia, cuja consequência só é reconhecida anos depois. A tecnologia, por seu turno, também agravou a violência e concedeu imensos poderes a grupos dominantes e ao Estado. Além disso, alterou o conceito de direitos humanos e isso exige dos estudiosos um aprofundamento muito maior nos estudos sobre a matéria sob pena de a humanidade se cingir do encanto fatal da tecnologia e esquecer o verdadeiro fundamento do direito: a dignidade da pessoa humana.

As mudanças políticas ocorridas ao longo da história afetaram de forma significativa o reconhecimento dos direitos do homem. Aos poucos ele foi virando o foco das relações internas, até mesmo na relações internacionais, como se verá adiante.

O Estado liberal teve como principal legado a constitucionalização desses direitos fundamentais, embora posteriormente esses mesmos direitos tenham sido tão mitigados. A dignidade humana foi sendo aviltada pela da opressão econômica. O individualismo preconizado pelo liberalismo deveria ter sua importância reduzida para que o interesse social finalmente se sobressaísse.

O primado do ser humano no direito representou uma mudança de perspectiva que alteraria para sempre o direito internacional. A necessidade de proteção dos indivíduos aos poucos sedimentou o entendimento de que os Estados soberanos deveriam flexibilizar sua hegemonia interna em prol da dignidade da pessoa humana.

A soberania estatal no plano interno representa o poder supremo do Estado, garantidor da vigência da ordem interna, subordinando compulsoriamente as proposições minoritárias à vontade da maioria<sup>12</sup>.

No âmbito internacional busca-se equilibrar o poder entre os diversos Estados, sujeitos de direito internacional, cujos relacionamentos originam a sociedade internacional.

É justamente a soberania que faz com que a ordem jurídica internacional seja descentralizada, pois os Estados são tidos como entes de direito público externo superiores, insusceptíveis ao comando de qualquer outro órgão ou ente, e cujas relações jurídicas internacionais são balizadas pelo princípio da cooperação.

---

<sup>12</sup> REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p.1.

## 2.2 O conceito moderno de soberania

Inquestionavelmente, a soberania do Estado, em especial no âmbito externo, é traço fundamental que se cifra numa expressão de autonomia do poder do Estado perante outros Estados.

A esse respeito, dispõe a Carta das Nações Unidas, que criou a Organização das Nações Unidas (ONU), sucessora da Liga das Nações, dispõe no art. 2º, 1:

ARTIGO 2 - A Organização e os seus membros, para a realização dos objectivos mencionados no Artº. 1, agirão de acordo com os seguintes princípios:

1. A Organização é baseada no princípio da igualdade soberana de todos os seus membros.

O poder na ordem jurídica da sociedade internacional é descentralizado, distribuído na mesma proporção entre os Estados, em respeito as soberanias estatais.

Interessante se faz reiterar a importância dos Tratados de Westfália de 1648, que estabeleceram os limites territoriais sobre os quais os Estados exerceriam sua soberania.

Intrinsecamente ligada ao surgimento do Estado absolutista, a ideia de soberania, desenvolvida por Jean Bodin<sup>13</sup> e os demais iluministas, serviu de alicerce para a legitimação do poder do monarca e para torná-lo independente em relação a Igreja. Até aquele momento, os Estados eram os únicos soberanos e atores internacionais, enquanto os indivíduos eram meros objetos, dominados pelos Estados.

O conceito de soberania de Bodin dá ao seu titular um poder acima do direito interno e o deixa livre para acolher ou não o direito internacional, só desaparecendo o poder soberano com a extinção do próprio Estado<sup>14</sup>.

Thomas Hobbes foi além do que propôs Bodin. Para Hobbes, “o Estado é ilimitado, ilimitável, irresponsável e onipotente. Ele não acredita na existência das leis não escritas do direito natural, apenas no comando gerado pelo direito positivo legislado pelo Leviatã<sup>15</sup>”. Assim, o titular do poder soberano não poderia ser submetido a qualquer pacto, haja vista que seu único dever é preservar a vida. Hobbes entende que o titular desse poder

---

<sup>13</sup> Bodin define soberania como “o poder absoluto e perpétuo de uma República, palavra que se usa tanto em relação aos particulares quanto em relação aos que manipulam todos os negócios de estado de uma República”. Entenda-se “República” como equivalente a “Estado”. Essa soberania só conhece limite nas leis divinas e naturais, e só pode existir nos Estados aristocráticos e populares, pois, sendo o titular do poder uma classe ou o povo, há possibilidade de perpetuação. (DALLARI, Dalmo de Abreu. *op. cit.* p.65-66) .

<sup>14</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *op. cit.* p. 66.

<sup>15</sup> *Idem, ibidem*, p. 73

absorve em si a consciência de seus súditos, de modo que sua vontade é a expressão do direito público.

A ideia de soberania moderna sofreu forte influência da teoria de Rousseau. Na obra “O Contrato Social”, Rousseau fala da soberania popular ao apresentar a transferência da sua titularidade do governante para o povo, afirmando que a soberania é inalienável porquanto o exercício da vontade geral não pode ser alienado nem representado; e é indivisível porque a vontade só é geral com a participação de todos. Diz ainda que o pacto social que se estabelece dá ao corpo político um poder absoluto sobre todos, e este poder, dirigido pela vontade geral, é nominado soberania<sup>16</sup>.

Para Rousseau, a soberania não pode ser representada pelo mesmo motivo que não pode ser alienada. Ela “consiste essencialmente na vontade geral e a vontade geral não se pode, em absoluto, representar; ela é ela própria ou já é outra; não existe meio-termo; os deputados do povo, portanto, não são nem podem ser seus representantes.”<sup>17</sup>

Foi na luta da liberdade contra o despotismo, com destaque para a Revolução Francesa, que a soberania popular exerceu importante influência, sendo imprescindível para a transformação do Estado moderno em Estado nacional. A noção de soberania tomou feição de soberania nacional, sendo nação um povo sob um ordem.

Não obstante haja muitas divergências acerca do conceito de soberania, em síntese todas elas coincidem na afirmação de que a noção de soberania está ligada à concepção de poder.

A ideia de soberania foi concebida em termos puramente políticos, pois cuidou apenas de estabelecer meios de impor seu poder, sem se preocupar em ser legítimo ou jurídico.

A teoria política da soberania acabou incidindo no plano do direito. O primeiro conceito jurídico de soberania, segundo a doutrina anglo-saxônica, foi elaborado por John Austin, com a obra *A Província da Jurisprudência Determinada* (1832). O pensamento de Austin fundamenta o questão central deste trabalho. Para saber até que ponto a soberania do Estado pode ser oposta a um cidadão que goza de direitos no plano internacional e até no plano interno por força de tratados internacionais recepcionados. Os direitos humanos são garantidos.

Segundo Miguel Reale:

---

<sup>16</sup> *Idem, ibidem*, p.66.

<sup>17</sup> Rousseau, *Do contrato social*, livro III, cap. XV.

Soberania é tanto a força ou o sistema de forças que decide do destino dos povos, que dá nascimento ao Estado Moderno e preside ao seu desenvolvimento, quanto a expressão jurídica dessa força no Estado constituído segundo os imperativos éticos, econômicos, religiosos etc., da comunidade nacional, mas não é nenhum desses elementos separadamente: a soberania é sempre sócio-jurídico-política, ou não é soberania. É esta necessidade de considerar concomitantemente os elementos da soberania que nos permite distingui-la como uma forma de poder peculiar ao Estado Moderno.<sup>18</sup>

Miguel Reale entende que a concepção de soberania é política, porquanto ela incorpora os conceitos sociais, jurídicos e políticos de poder. Sendo assim, a soberania é o poder de auto-organização jurídica e de fazer valer dentro de suas fronteiras a universalidade de suas decisões nos limites dos fins éticos de convivência.

Veja-se, a esse respeito, a seguinte definição:

Em sentido, lato, o conceito político-jurídico de soberania indica o poder de mando de última instância numa sociedade política e, conseqüentemente, a diferença entre esta e as demais associações humanas em cuja organização não se encontrava esse poder supremo, exclusivo e não derivado. Este conceito está, pois, intimamente ligado ao de poder político: de fato, a soberania pretende ser a racionalização jurídica do poder, no sentido de transformação da força em poder legítimo, do poder de fato em poder de direito.<sup>19</sup>

Não obstante as diversas perspectivas do conceito mais completo de soberania, é importante observar que ela não se confunde com o poder de império do Estado, que diz respeito ao atos discricionário do mesmo. A fim de aclarar a questão, Breno Hermann propõe que, no âmbito internacional, existem seis acepções do conceito de soberania: soberania como autoridade final e última no âmbito interno, que diz respeito a capacidade de o Estado fazer valer sua autoridade no âmbito doméstico; soberania como a representação do Estado ou da nação, que significa dizer que, do ponto de vista interno, o conceito expressa a ficção de que a nação governa o Estado, entendendo-se nação como uma comunidade política imaginária que busca realizar de forma plena por meio do Estado e, assim, a soberania é expressão da vontade popular; soberania como demarcação de limites territoriais, diz respeito a interdependência entre soberania e território, ou seja, a soberania expressa o controle territorial; soberania como ordem política estruturada, segundo a qual o soberano é o responsável pela manutenção da ordem e da paz no âmbito interno; soberania como norma internacional de não intervenção, refere-se a não ingerência de outros atores externos nos assuntos internos do Estado; e finalmente a soberania como meio para resolver a tensão entre

---

<sup>18</sup> REALE, Miguel. **Teoria do direito e do estado**. 5 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 139

<sup>19</sup> BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Trad. Carmen Varriale et al. 11<sup>a</sup> ed. Brasília: Ed. UNB, 1998. Vol.1, p.1179.

universalidade e particularidade, identifica a soberania como um instrumento para a resolução de conflitos relativos a pretensões concorrentes de poder.<sup>20</sup>

A soberania caracteriza-se por ser una, indivisível, inalienável e imprescritível. Una por inconcebível a existência de mais de um poder superior no mesmo âmbito e inalienável porque não existe sem o seu detentor.

Segundo Duguit, citado por Dallari, a soberania:

[...]é um poder de vontade que tem [...] as seguintes características: a) é um poder de vontade comandante, sendo este o seu aspecto principal. A vontade soberana é, em essência, superior a todas as demais vontades que se encontrem no território submetido a ela. As relações entre a vontade soberana e as demais, não-soberanas, são relações entre vontades desiguais, entre superior e subordinadas; b) é um poder de vontade independente.<sup>21</sup>

O povo, concebido como Nação, não tem personalidade jurídica, pois a Nação só adquire personalidade quando se completa ou se integra no Estado. Em sendo a soberania um direito, seu titular e só pode ser uma pessoa jurídica. Daí entende-se que o povo pode ser titular desse direito porque faz parte do Estado, constituindo o elemento formador da vontade deste. Nesse sentido:

Em verdade, como os próprios teóricos da soberania nacional o reconhecem, o povo só é capaz de manifestar legalmente a sua vontade na medida e enquanto se organiza em Estado, isto é, enquanto é elemento constitutivo ou, como preferem outros, órgão do Estado. Ora, dizer que a soberania legal é do povo ou da Nação juridicamente organizada é dizer, pura e simplesmente, que a soberania é do Estado, ou então, do Estado capaz de determinar por si mesmo a esfera de exercício de seu poder de dar ordens incondicionadas.<sup>22</sup>

Em suma, o povo é titular da soberania, porém o Estado é o titular do exercício da soberania.

O fenômeno da globalização alterou os conceitos de soberania em sua dimensão clássica, dado o crescimento das relações internacionais. Faz-se necessário desenvolver um novo conceito que se coadunem à realidade atual, mormente porque aos poucos tem se evidenciado um interesse internacional em resguardar o indivíduo do vilipêndio de seus direitos básicos por algum Estado. Para que isso seja feito a nível internacional, invariavelmente a soberania estatal deve ser perturbada.

---

<sup>20</sup> HERMANN, Breno. **Soberania, não intervenção e não indiferença : reflexões sobre o discurso diplomático brasileiro**. Brasília : Fundação Alexandre de Gusmão, 2011, p. 117-130.

<sup>21</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *op. cit.* p. 69.

<sup>22</sup> REALE, Miguel. *op. cit.* p. 163.

### ***2.2.1 O dogma da soberania estatal absoluta***

A gradativa adesão dos Estados aos sistemas internacionais, em especial aos de proteção aos direitos humanos, e o reconhecimento, por alguns deles, da jurisdição dos órgãos de fiscalização desses direitos, ocasionaram uma remodelagem do tradicional conceito de soberania.

A doutrina majoritária tem entendido que o tradicional conceito de soberania não se coaduna ao atual cenário de proteção internacional dos direitos humanos. Aliás, segundo alguns autores, ela obstaría a eficácia dessa proteção. Nesse sentido, é importante destacar o porquê de a soberania ser um entrave à proteção concedida pelos Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A internacionalização dos direitos humanos foi consequência direta do pós-guerra. A partir daquele momento, os Estados se empenharam em construir uma estrutura internacional capaz de proteger os direitos humanos e estabelecer parâmetros por meio de tratados e declarações internacionais. Apesar disso, a implementação dessas regras e princípios ainda não é plena.

O principal impacto causado pela internacionalização dos direitos humanos foi a transformação do indivíduo em “pedra angular”, já que ele assumiu posição central de sujeito de direitos internacional. Outrossim, com o escopo de conceder proteção aos direitos fundamentais de todos os seres humanos em qualquer esfera, foi afastado o antigo conceito de soberania estatal absoluta, em que o estado era o único sujeito de direito internacional público.

A preocupação em dar eficácia aos direitos humanos no plano internacional provocou sobremaneira fragilização do tradicional conceito de soberania. A partir do momento em que o Estado adere a uma convenção internacional, ele assume um compromisso que delimita a discricionariedade estatal, restringindo a sua soberania e gerando uma situação de interdependência entre as nações.

Tal fato constitui uma tendência histórica, pois em algum momento o indivíduo abriu mão de sua liberdade para, em nome do bem comum, se submeter a um órgão gerenciador, o Estado. Em outro momento posterior, como em um processo evolutivo, o Estado também haveria de perder um pouco da sua soberania para, no interesse geral da humanidade, criar um organismo capaz de proteger o ser humano a nível global.

Em face desse novo panorama, surgiram alguns autores que chegaram a negar a existência da soberania estatal no plano internacional, a exemplo de Hans Kelsen. Para ele, a

soberania deveria ser elidida, pois criava um embaraço ao surgimento de uma comunidade internacional universal.

Ao definir soberania, afirma Mazzuoli que é “o poder que detém o Estado, de impor, dentro de seu território, suas decisões, isto é, de editar suas leis e executá-las por si próprio. É o poder que, dentro do Estado, internamente, não encontra outro maior ou de mais alto grau.<sup>23</sup>”. Trata-se de um poder que denota hegemonia e que não encontra limites no âmbito interno. No âmbito externo, a ordem jurídica internacional é descentralizada, de forma que os Estados gozam de plena igualdade jurídica. Em consequência dessa paridade entre os Estados, é de se reconhecer que nas relações entre os Estados inexistente um poder superior, não há que falar em soberania, no sentido de predominância de um Estado ante o outro, mas em igualdade dos Estados. A supremacia do Estado é interna.

Embora a noção de soberania tenha surgido inicialmente como uma forma de combater o domínio da Igreja e dos senhores feudais, a concepção persistiu, ainda que fragilizada pelas necessidades históricas, mormente no que se refere a direitos humanos.

Na percepção de Pedro Baptista Martins, a noção de soberania, tal como desenvolvida por Jean Bodin, e a dinâmica do internacionalismo são incompatíveis, senão vejamos:

**Os internacionalistas, na sua grande maioria, têm-se mantido fiéis a ela - soberania-, sustentando a conveniência de sua conservação, embora reconheçam que, mantida com o seu conceito originário, será uma fonte de permanentes dificuldades opostas ao desenvolvimento do internacionalismo.**

Para não suprimi-la, preferiram submeter a uma extravagante revisão o seu conteúdo, procurando adaptá-lo às condições de vida internacional e às aspirações pacifistas de que se acha animada a civilização contemporânea. **A conciliação, porém, é impossível e o direito externo só se afirmará definitivamente depois que tiver lançado os seus fundamentos sobre as ruínas da soberania nacional.** [...]

Essas concessões, como se vê, visam salvar o dogma da soberania, mas, efetivamente, elas não têm feito senão precipitar-lhe a ruína, porque admitir que a soberania possa ser reduzida é reconhecer que ela não existe. Uma soberania susceptível de limites e restrições é uma hipótese absurda. **Todas as tentativas para amoldar a soberania às exigências atuais do direito internacional têm sido baldadas, porque ela, em sua qualidade de superlativo, é a *suprema potestas*. O Estado soberano, como já se tem afirmado, pode ter direitos mas não tem deveres.** Com a preocupação de depurar o seu conceito para amoldá-lo às circunstâncias jurídicas, o que se tem feito é atentar contra o seu tríplice sentido: gramatical, lógico e histórico. Ou então, o que é ainda mais grave – para

<sup>23</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos: dois fundamentos irreconciliáveis** In Revista de informação legislativa, Brasília a. 39 n. 156 out./dez. 2002, p. 171. Disponível em <http://www.tvjustica.jus.br/documentos/Artigo%20-%20Soberania%20e%20Direitos%20Humanos%20-%20Valerio%20Mazzuoli.pdf>. Acesso em 26 de março 2012.

desincompatibilizá-la com a ordem jurídica internacional, tem-se urdido uma série de teorias, cada qual mais obscura incoerente e contraditória.<sup>24</sup>(grifo nosso).

Em suma, segundo o autor, a soberania precisaria ser dissipada para que o direito internacional se firmasse de forma definitiva. A mera mitigação da soberania, para o referido autor, não teria o condão de coaduná-la ao internacionalismo contemporâneo. Aliás, isso seria assumir a inexistência da soberania, porquanto é inconcebível que existam circunscrições ao exercício da soberania.

### 2.2.2 A releitura do conceito de soberania

Valério Mazzuoli entende que é necessário uma mudança de perspectiva acerca do tradicional conceito de soberania, sem contudo afirmar que só a exclusão da soberania solucionaria a questão. Crê que uma mitigação da soberania também seria cabível:

[...] não há conceito mais alheio ao da proteção internacional dos direitos humanos que o conceito tradicional de soberania. **São irreconciliáveis os conceitos de “soberania” e “direitos humanos”, o que implica necessariamente a abdicação ou afastamento daquela noção em prol da proteção dos seres humanos protegidos**, a menos que se remodele o conceito para passar a dizer respeito à cooperação internacional dos Estados em prol de finalidades comuns.<sup>25</sup> (grifo nosso).

A esse respeito, não se pode olvidar que a Carta das Nações Unidas dispõe sobre a proteção dos direitos humanos, deixando transparecer, na alínea 7 do art. 2º, um enfraquecimento do princípio da não intervenção e da soberania ao afirmar que , malgrado a ONU respeite a discricionariedade do Estado, não deixará de aplicar medidas coercitivas pelas violações cometidas:

#### Artº. 2

A Organização e os seus membros, para a realização dos objectivos mencionados no Artº. 1, agirão de acordo com os seguintes princípios:

1. A Organização é baseada no princípio da igualdade soberana de todos os seus membros;
2. Os membros da Organização, a fim de assegurarem a todos em geral os direitos e vantagens resultantes da sua qualidade de membros, deverão cumprir de boa fé as obrigações por eles assumidas em conformidade com a presente Carta;
3. Os membros da Organização deverão resolver as suas controvérsias internacionais por meios pacíficos, de modo a que a paz e a segurança internacionais, bem como a justiça, não sejam ameaçadas;
4. Os membros deverão abster-se nas suas relações internacionais de recorrer à ameaça ou ao uso da força, quer seja contra a integridade territorial ou a

<sup>24</sup> MARTINS, Pedro Baptista. **Da unidade do direito e da supremacia do direito internacional**. Atualizada por Luís Ivani de Amorim Araújo. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 19-23.

<sup>25</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *op. cit.* p. 175.



independência política de um Estado, quer seja de qualquer outro modo incompatível com os objectivos das Nações Unidas;

5. Os membros da Organização dar-lhe-ão toda a assistência em qualquer acção que ela empreender em conformidade com a presente Carta e abster-se-ão de dar assistência a qualquer Estado contra o qual ela agir de modo preventivo ou coercitivo;

6. A Organização fará com que os Estados que não são membros das Nações Unidas ajam de acordo com esses princípios em tudo quanto for necessário à manutenção da paz e da segurança internacionais;

**7. Nenhuma disposição da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervir em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição interna de qualquer Estado, ou obrigará os membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta; este princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas constantes do capítulo VII.** (grifo nosso).

O Estado, ao manifestar-se no sentido de aderir a um tratado internacional de direitos humanos, abdica de agir discricionariamente no âmbito interno, pois firma um compromisso diante dos outros signatários de perfazer o acordado. Diante disso, não pode opor norma interna para se eximir do cumprimento do que foi celebrado. Tal fato indica que, além de atingir a soberania, os tratados de proteção de direitos humanos tem efeito sobre o princípio da não-intervenção.

O princípio da não-intervenção tem o papel de rechaçar qualquer tentativa dos países estrangeiros de se ingerir em questões internas de um Estado.

Por vezes acontece que alguns países, embora vinculados a esses tratados de proteção dos direitos humanos, utilizam-se da soberania e da não-intervenção como escusa para o não adimplemento das obrigações firmadas. Convém notar que já é amplamente reconhecido que a matéria em questão, por sua transcendente importância, não é de interesse exclusivo do Estado, mas de toda comunidade internacional.

Do impasse gerado pela dicotomia entre a tradicional noção de soberania estatal e a proteção internacional dos direitos humanos, chegou-se a conclusão de que seria necessário desenvolver um novo conceito de soberania, ou mesmo afastá-la para que fosse possível a eficaz aplicação dos direitos humanos no âmbito interno dos Estados omissos.

Corroborando com a ideia de que a antiga doutrina da soberania absoluta seria um entrave à efetivação dos direitos humanos, o próprio Secretário Geral das Nações Unidas, Boutros-Ghali, afirmou em 1992 :

Ainda que o respeito pela soberania e integridade do Estado seja uma questão central, é inegável que a antiga doutrina da soberania exclusiva e absoluta não mais se aplica e que esta soberania jamais foi absoluta, como era então concebida teoricamente. Uma das maiores exigências intelectuais de nosso tempo é a de repensar a questão da soberania [...]. Enfatizar os direitos dos indivíduos e os direitos dos povos é uma dimensão da soberania universal, que reside em toda a humanidade e que permite aos povos um envolvimento legítimo em questões que

afetam o mundo como um todo. É um movimento que, cada vez mais, encontra expressão na gradual expansão do Direito Internacional.<sup>26</sup>

Mazzuoli entende que um conceito mais moderno de soberania seria mais coerente não com o isolamento, mas com a participação dos Estados na sociedade internacional:

A verdadeira soberania deveria consistir numa cooperação internacional dos Estados em prol de finalidades comuns. Um novo conceito de soberania, afastada sua noção tradicional, aponta para a existência de um Estado não isolado, mas incluso numa comunidade e num sistema internacional como um todo. A participação dos Estados na comunidade internacional, seguindo-se essa nova trilha, em matéria de proteção internacional dos direitos humanos, esta sim seria sobretudo um ato de soberania por excelência.<sup>27</sup>

E prossegue o mesmo autor, ao tratar da tendência contemporânea de as Constituições reconhecerem a limitação da soberania estatal ante a prevalência aos direitos humanos:

No mesmo sentido, seguindo essa tendência moderna do constitucionalismo democrático, a Carta Política do Chile de 1980, reformada em 1997, estabelece, no seu art. 5 (2), que: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, complementando que é dever “de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.<sup>28</sup>

A consolidação desse entendimento transmitiu uma nova concepção de soberania, a partir da qual se entende que a soberania estatal é fruto do poder constituinte originário. Logo, se o poder em Direito Internacional está pulverizado entre os Estados membros da sociedade internacional, e todos eles são juridicamente iguais, o Estado é livre para ratificar ou não tratados de proteção dos direitos humanos, pois quando o faz, tem respaldo na Constituição. Isso não implica, de forma alguma, em redução da soberania, ao contrário, pois a atuação do Estado, e veja que se trata aqui de Estado democrático, está - a rigor - em consonância com os desígnios povo, revelando-se um verdadeiro ato de soberania.

### 2.3 Os atuantes na ordem jurídica internacional

Os atuantes na ordem jurídica internacional são denominados sujeitos de direito internacional, frequentemente confundidos com atores internacionais. Contudo, um não se

<sup>26</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 37

<sup>27</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *op. cit.* p.173 .

<sup>28</sup> *Idem, ibidem.* p. 174.

confunde com o outro, mormente porque os atores não são competentes para a prática de todos os atos decorrentes das relações internacionais. Na verdade, todo sujeito internacional é um ator internacional, porém o inverso nem sempre procede.

O rol de atores internacionais é extenso. Eles são os destinatários das normas jurídicas internacionais.

O sujeito de direito internacional é o ator competente para agir com autonomia no campo internacional, pois é dotado de personalidade jurídica internacional própria, logo pode ter direitos e assumir deveres na ordem jurídica internacional.

A princípio, apenas os Estados eram considerados sujeitos de direito internacional. Posteriormente surgiram várias teorias para justificar a aceitação, ou não, da multiplicação e diversificação desses sujeitos, com destaque para a teoria estatal, a individualista e a heteropersonalista. A primeira considera que somente os Estados são aptos a ter direitos e assumir obrigações na esfera internacional, enquanto a segunda entende que somente o homem pode ser sujeito de direito internacional, porquanto ele é o destinatário da norma. Como uma síntese dialética, a corrente heteropersonalista apresenta não só o Estado e a pessoa humana como sujeitos de direito internacional, mas também outros organismos internacionais.

Vale trazer à colação a ideia concebida por Bedin, que atribui à Paz de Vestfália um importante marco para as relações internacionais por ter consolidado o Estado como sujeito da sociedade internacional :

Foi com a Paz de Vestfália que se consolidou o Estado moderno como potência soberana e politicamente independente, afirmando-se como o núcleo duro da sociedade internacional do mundo moderno, ou seja, de um mundo em que o Estado moderno configura-se como sujeito fundamental, senão único, de um novo e duro jogo político: o jogo de relações internacionais centrado na luta pelo poder. Assim, a criação do Estado moderno 'está vinculada estreitamente com o surgimento do sistema internacional' e este está vinculado com os princípios da Paz de Vestfália. A Paz de Vestfália é, portanto, o marco inicial da formação da sociedade internacional do mundo moderno e neste fato reside toda a sua importância histórica. Portanto, mais do que a guerra à que põe fim e ao panorama político que estabelece naquele momento, a Paz de Vestfália se destacou por revelar uma nova consciência internacional, em que os Estados aceitaram a coexistência de várias sociedades políticas e aceitaram a possibilidade de que estas sociedades tivessem o direito de ser entidades independentes, o direito de assegurar sua existência e, ademais, de ser tratadas em igualdade de condições. Em outras palavras, se reconhece em Vestfália a coexistência de várias unidades políticas sobre a base dos princípios da soberania e da igualdade.

Com isto, um dos objetivos fundamentais das relações internacionais passa a ser a busca do equilíbrio de poder entre os diversos Estados modernos e a necessidade compatibilização do exercício das respectivas soberanias de cada um de seus membros. Isso porque as relações internacionais passam a ser determinadas pela 'ausência de uma instância superior que detenha o monopólio da violência

legítima' e pelo reconhecimento da guerra como um recurso legítimo na preservação dos interesses de cada país.<sup>29</sup>

A relevância da Paz de Westfália está relacionada ao surgimento da sociedade internacional sob três princípios basilares: soberania dos Estados, liberdade religiosa e igualdade entre os Estados. Daí decorreu a aceitação da integridade dos territórios e do equilíbrio de poderes entre os Estados.

O Estado, durante muito tempo, foi considerado o único sujeito de direito internacional. Porém a doutrina do direito internacional contemporâneo aos poucos vem admitindo a pluralidade de sujeitos de direito internacional por entender que, se a sociedade internacional é formada por Estados, organismos interestatais e não estatais, além da pessoa humana, então todos têm personalidade jurídica internacional própria. Não obstante, o Estado ainda é considerado a principal pessoa internacional.

O pós-segunda guerra mundial trouxe novos protagonista internacionais por força do caráter de universalização que envolveu as sociedades internacionais. Segundo Sidney Guerra, a pessoa humana passou a figurar como atriz internacional<sup>30</sup>.

Francisco Rezek não comunga da ideia de surgimento de novos atores, pois entende que só é ator quem tem competência para celebrar tratados:

As partes, em todo tratado, são necessariamente pessoas jurídicas de direito internacional público: tanto significa dizer os Estados soberanos — aos quais se equipara, como será visto mais tarde, a Santa Sé — e as organizações internacionais. Não têm personalidade jurídica de direito das gentes, e carecem, assim, por inteiro, de capacidade para celebrar tratados, as empresas privadas, pouco importando sua dimensão econômica e sua eventual multinacionalidade.<sup>31</sup>

Após o fenômeno da descolonização, vários países despontaram e tiveram a personalidade jurídica de direito internacional reconhecida. Vale dizer que, para que um Estado fosse reconhecido como tal no Direito Internacional, ele deveria preencher alguns requisitos, como ter governo independente e autônomo, capaz de exercer efetiva autoridade sobre sua população e no território delimitado, e deve estar apto a cumprir obrigações internacionais.

De acordo com Aréchaga, o Direito Internacional reconhece e atribui personalidade jurídica a outras entidades que não somente aos Estado, as quais devem ser reconhecidas como sujeitos de direito internacional:

---

<sup>29</sup> BEDIN, Gilmar Antônio. **Direito internacional e sua trajetória histórica**. In GUERRA, Sidney. Tratado de direito internacional. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008, p. 7-9.

<sup>30</sup> GUERRA, Sidney. **Curso de Direito internacional público**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 18

<sup>31</sup> REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 8

No cabe duda alguna en cuanto a que, además de los Estados, existen otras entidades a las que el Derecho Internacional les atribuye directamente derechos y obligaciones y que por lo tanto deben ser consideradas como sujetos de dicho orden jurídico. La multiplicación y diversificación de estos nuevos sujetos es uno de los fenómenos más notables del Derecho Internacional Contemporáneo [...] Además de los Estados, las organizaciones internacionales y los individuos pueden llegar a ser sujetos de Derecho Internacional.<sup>32</sup>

Com a globalização, a ordem jurídica internacional foi modificada, de modo que passamos a viver em uma aldeia global. A fim de imprimir maior agilidade às relações internacionais, faz-se necessário o reconhecimento de outros sujeitos internacionais. É inegável que, embora exista divergência doutrinária quanto ao reconhecimento do indivíduo como sujeito de Direito Internacional, em matéria de direitos humanos, tal dissensão deva ser afastada em favor do bem maior, que é a proteção ao ser humano.

### *2.3.1 A afirmação do homem como sujeito de direitos internacional*

Embora o Estado ainda seja o principal ator internacional, é salutar lembrar que é o indivíduo o responsável por todas as movimentações estatais no âmbito das relações internacionais. Atua em nome do Estado e é atingido pelas consequências das decisões. É o indivíduo que, em sua expressão coletiva, estrutura uma sociedade global.

Concebe-se a personalidade jurídica do Estado a partir da ideia de que o sujeito ganha importância jurídica devido a uma capacidade criada mediante a vontade da ordem jurídica. Considerando-se que a personalidade jurídica é a aptidão para exercer direitos e adquirir obrigações, pressupõe-se que o homem a possui, uma vez que todo direito é uma relação entre seres humanos. Entretanto, nada impede que se reconheça personalidade jurídica ao Estado, pois ele é composto por pessoas físicas que, quando agem como órgãos do Estado, externam uma vontade que só pode ser imputada a este, e que não se confunde com a vontade individual.

Na ordem internacional, o Estado é uma pessoa jurídica de direito público internacional quando participa da sociedade mundial. Ele se difere das outras pessoas jurídicas de direito internacional público por ter soberania, que na perspectiva doméstica diz respeito ao poder superior do Estado face aos demais poderes sociais em seu território, e na perspectiva externa atesta a independência do Estado de qualquer outro ente.

---

<sup>32</sup> ARÉCHAGA, Eduardo Jiménez. **Derecho internacional público** – tomo V. Montevideo. Fundación cultura universitária, 1994, p.18.

A pessoa humana, pelo contrário, vinha sendo ignorada pelo direito internacional, até que passou a ser contemplada em tratados internacionais de proteção aos direitos humanos no contexto da internacionalização dos direitos humanos.

O indivíduo só foi estabelecido como sujeito de direito internacional após a 2ª Guerra Mundial, com a Carta da Organização da Nações Unidas (ONU). A esse respeito, Cançado Trindade fala de uma emancipação do ser humano como sujeito de direito internacional, e o longo percurso a ser percorrido para alcançar as conquistas atuais no âmbito dos direitos humanos:

A titularidade jurídica internacional do ser humano, tal como a anteviam os chamados fundadores do direito internacional (o direito das *gentes*), é hoje uma realidade. Para alcançar este grau de evolução foi necessário superar inúmeros obstáculos, nos planos tanto nacional como internacional.

[...]

Outras ilustrações poderiam ser mencionadas: por exemplo, desde que o Brasil ratificou as duas Convenções contra a Tortura que hoje o vinculam – a das Nações Unidas, em 20.09.1989, e a Interamericana, de 20.07.1989 – foi necessário esperar quase oito anos até que a Lei n.9455, de 07.04.1997 viesse a tipificar o crime de tortura em nosso direito interno, e ainda assim com algumas falhas, guardando paralelismo apenas imperfeito com as duas Convenções supracitadas. Assim é trabalhar no campo da proteção dos direitos humanos: é como nadar *contra a correnteza*. [...] Se passamos do plano internacional, o mesmo quadro de dificuldades se nos apresenta.<sup>33</sup>

O aumento da relevância dos atores sem soberania ainda vai levar um bom tempo até implicar mudanças mais profundas do sistema internacional.

Importa salientar que os tratados, principais fontes do direito internacional, não podem ser firmados por pessoa privada, pois, via de regra, são celebrados entre Estados. A Convenção de Viena de 1986, contudo, incluiu a possibilidade de Organizações Internacionais participarem do processo de elaboração de um tratado internacional.

Embora a Convenção de Viena só admita o Estado e a Organização internacional como capazes de celebrar tratados, Sidney Guerra aduz que em situações excepcionais essa capacidade também é reconhecida a outros atores internacionais, mas desde que esse direito esteja expressamente garantido em suas Constituições.<sup>34</sup>

A aceitação do ser humano como sujeito de direitos e deveres está relacionada à proteção internacional dos direitos humanos, não havendo que se confundir essa posição ativa do indivíduo no Direito Internacional dos Direitos Humanos com o seu *status* no Direito Internacional Público.

---

<sup>33</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, **A Humanização dos Direitos Internacionais**, Belo Horizonte, Del Rey, 2006, p 112-113.

<sup>34</sup> GUERRA, Sidney. **Curso de Direito internacional público**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 57

Os tratados de proteção internacional dos direitos humanos, ao projetarem o indivíduo com sujeito de direito internacional, têm como corolário lógico a outorga de obrigações no plano internacional aos Estados signatário. Destarte, o Estado ao ratificar um tratado no livre exercício de sua soberania, fica vinculado a um órgão internacional para implementar o tratado. Contudo isso não incorre em violação da soberania estatal, como veremos ao longo deste trabalho.

### **3 SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS**

O surgimento dos direitos humanos não foi rápido. Aliás, foi um processo longo, produto do gradual despertar do indivíduo em relação aos abusos cometidos, em especial pelo Estado.

Não se pode olvidar a importância que a segurança jurídica, advinda com a positivação desses direitos, demonstrou na busca de garantir o exercício desses direitos tendo como parâmetro medidas de valores, em especial da dignidade da pessoa humana.

#### **3.1 Breve histórico dos direitos humanos**

No estudo dos Direitos Humanos é imprescindível que se remeta às ideologias geradas pela conjuntura do Iluminismo, da Revolução Francesa e, em especial, da Segunda Guerra Mundial.

Durante o Iluminismo houve o florescimento de ideias racionais, que terminou por carrear o homem para o centro do pensamento na época e impulsionou a Revolução Francesa elaboração das primeiras declarações de direitos humanos. A primeira veio em 1789, com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão.

A Revolução Francesa emplacou os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, e foi responsável por promover a constitucionalização desses direitos humanos.

No contexto do Pós-Segunda Guerra Mundial, por sua vez, a sociedade internacional se uniu na busca de criar meio de manutenção da paz e de coibir abusos aos direitos humanos, e principalmente mecanismos de manutenção da paz.

O fruto primordial desse evento foi a criação da Organização das Nações Unidas e a institucionalização de direitos do homem nos inúmeros Tratados Internacionais de direitos humanos, em especial a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os pactos internacionais de direitos que vieram posteriormente.

Antes que os direitos humanos se firmassem, porém, foi instituída uma série de declarações que foram as premissas históricas dos direitos fundamentais.

### ***3.1.1 As declarações de direitos***

Percebe-se que no longo processo de reconhecimento dos direitos humanos, diversos documentos foram estabelecidos e reconhecidos internacionalmente e considerados a origem dos direitos fundamentais modernos. Esses instrumentos se destacam por restringirem a atuação do Estado em relação aos direitos do homem, como uma espécie de proteção jurídica do homem contra as arbitrariedades governamentais. Faz-se necessário apresentar uma breve análise desses documentos que, segundo a doutrina majoritária, sucedeu em um ordem cronológica, senão vejamos.

O aparecimento desse direitos encartados remonta ao ano de 1215, com a Magna Carta inglesa que cuidou de balizar o poder do monarca aos ditames da lei. Ela representou uma manifestação dos senhores feudais contra a instituição de um poder real soberano. O documento vinculava o rei às próprias lei que ele editava, além disso as normas previam o direito a julgamento justo, respeito à propriedade privada, dentre outros.

A *Petition of Rights*, de 1628, buscava incorporar os direitos dispostos na Magna Carta, por meio da necessidade de consentimento do Parlamento, ou seja, pretendia o reconhecimento de direitos e liberdades dos súditos.

O *Habeas Corpus Act*, de 1679, tratava-se de um mandado judicial contra prisão arbitrária, remédio jurídico sem eficácia por falta de regras processuais adequadas. Ela instituiu um dos mais importantes instrumentos de garantia de direitos, que se tornou matriz de outras garantias criadas posteriormente para guardar outras liberdades fundamentais. Segundo Comparato “Tal como ocorria no direito romano, o direito inglês não concebe a existência de direitos sem uma ação judicial própria para a sua defesa. É da criação dessa ação em juízo que nascem os direitos subjetivos, e não o contrário.”<sup>35</sup>

Ainda na Inglaterra, fez-se eminente o *Bill of Rights* ou Declaração de Direitos, de 1689, instituiu a supremacia do Parlamento sobre a vontade do rei, limitou os poderes do governante e garantiu as liberdades individuais.

A Declaração de Direitos do Estado da Virgínia, de 1776, que resultou na independência dos Estados Unidos da América e firmou a igualdade entre os homens,

---

<sup>35</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos humanos**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p 88.



reconhecendo que são livres e independentes, detentores de direitos inatos e inalienáveis, dos quais não podem ser privados por decisão política, tais como o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade, assegura que todo poder emana do povo, sendo os governantes a estes subordinados, entre outros direitos. Ela inspirou as grandes declarações de direitos ulteriores.

A Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 1776, bem como a Constituição Federal de 1787, estabeleceram alguns direitos fundamentais e consolidaram o poder constituinte originário, e a tripartição do poder.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que buscou consolidar alguns princípios da Revolução Francesa e pôs em posição de destaque a dignidade da pessoa humana. Elencou garantias e direitos referentes à liberdade, propriedade, princípio da legalidade e da igualdade de todos perante a lei, e soberania popular.

A Constituição Mexicana, de 1917, por sua vez, foi a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais. Comparato afirma que a importância desse precedente histórico se deve ao fato de que na Europa a consciência de que os direitos humanos tinham também uma dimensão social só foi firmada após a primeira guerra mundial<sup>36</sup>. Caminhou no mesmo sentido a Constituição de Weimar, de 1919.

As circunstância de dominação inglesa sobre as colônias estadunidenses fez surgir nestas um sentimento de busca da liberdade, culminando na instituição de diversos direitos fundamentais. A influência desses instrumentos serviu de referencial ulteriores revoluções liberais, em especial a Revolução Francesa, de 1789. Daí a referência que sempre se faz às colônias inglesas no que se refere ao surgimento dos direitos humanos. À importância desses instrumentos some-se, ainda, a influência do cristianismo, com as ideias de igualdade e fraternidade entre os seres humanos.

O processo de reconhecimento das liberdades do ser humano, encartados nessas declarações ganhou maior significação com o despontar do pensamento de Kant. A filosofia kantiana buscou fundamentar o entendimento do indivíduo como ser dotado de dignidade, o que acarretou nas ideias sobre liberdade uma profunda revolução.

O indivíduo foi reconhecido como ser de dignidade, entendido como alheio às coisas por não derivar da dimensão racional. Sua essência está no ser humano, na pessoa humana, que tem um fim em si mesmo, e, portanto, possui dignidade. Esse é o elemento que

---

<sup>36</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *op. cit.*, p. 178.

diferencia o ser humano das coisas, que têm um fim fora de si, servindo como meros meios para fins outros.

A partir do pensamento kantiano, a vida do ser humano passou a ser tratada como pessoa, sujeito da lei moral, de forma que não tem um preço, pois o seu valor está em si mesmo, advindo de sua dignidade.

Sem sombra de dúvida essas declarações foram as bases históricas dos direitos fundamentais. Referente a isso, importa distinguir direitos humanos de direitos fundamentais:

Em que pese sejam ambos os termos ('direitos humanos' e 'direitos fundamentais') comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).<sup>37</sup>

Os direitos humanos e direitos fundamentais, apesar de semelhantes, possuem abrangência características diversas. Os direitos fundamentais são regras e princípios positivados numa ordem jurídica concreta que servem de garantia e são limitados espaço-temporalmente, já os direitos humanos são inerentes a todo e qualquer indivíduo, entendidos como direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos, de caráter inviolável, intemporal e universal, e positivados nos diversos instrumentos de Direito Internacional. Compõem uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada.

Dentre as principais consequências da Revolução Francesa, veio a declaração dos Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, documento que se tornou premissa do Direito Internacional dos Direitos Humanos, por determinar que ao Estado cabe, além de respeitar os direitos dos seres humanos, deve garantir os direitos humanos.

Outrossim, essa declaração tem sua importância pautada no fato de ter sido o primeiro documento a proclamar as liberdades e os direitos fundamentais do homem, leia-se de toda a humanidade. Ela inspirou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada pelas Nações Unidas, que deflagrou a internacionalização dos direitos humanos.

---

<sup>37</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 35-36.

### 3.2 Universalismo e Relativismo Cultural

Concomitantemente à afirmação dos direitos humanos no plano internacional, surgiram uma série de correntes que buscavam justificar aplicabilidade desses direitos de proteção. Para isso, essas ideologias partiram do princípio de que em todas as culturas os direitos humanos teriam o mesmo grau de receptividade e de aplicabilidade. Todavia, surgiu um paradoxo decorrente da inobservância das peculiaridades inerentes a cada cultura, pois nem sempre os direitos humanos se coadunavam à realidade da comunidade *sub oculis*.

Trata-se da ideia do relativismo moral, e do universalismo moral. Este entende que os direitos derivam da nossa natureza humana, não de circunstâncias externas. Elementos como cultura, religião, história e política devem ser consideradas sem se sobrepor a dignidade do indivíduo. O relativismo cultural entende que o indivíduo não pode ser extraído do seu habitat, cultura e religião. Por isso as desigualdades devem ser aceitas. O indivíduo deve ser analisado a luz da sua cultura, o que acaba deixando o ser humano em segundo plano.

A concepção universal trazida pelos direitos humanos encartados na Declaração Universal foi bastante repelida por defensores do relativismo moral, questionam o verdadeiro alcance da normas de direitos humanos.

No dizer de Flávia Piovesan a disputa entre o universalismo e o relativismo:

Alcança novo vigor em face do movimento internacional dos direitos humanos, na medida em que tal movimento flexibiliza as noções de soberania nacional e jurisdição doméstica, ao consagrar um parâmetro internacional mínimo, relativo à proteção dos direitos humanos, aos quais os Estados devem se conformar.<sup>38</sup>

Segundo o universalismo moral, existe uma moral universal, ou seja, um conjunto de princípios éticos universais, válidos para todas as culturas.

Os relativistas se contrapõe a ideia universalista ao afirmar que não existe uma moral universal, pois cada cultura tem perspectivas diferentes, logo, não se pode buscar valores universais pois não existem indivíduos universais. Em cada comunidade, cada indivíduo é diferente. A noção de direitos é intrínseca à cultura, ao sistema político, social e moral vigente nesse grupo. Destarte, cada cultura tem sua concepção acerca dos direitos fundamentais. Nesse sentidos, os relativistas se mostram contrário ao pluralismo por entender que exige respeito às diferenças, o que dificulta a formação de uma moral universal. O universalismo representaria o fim da diversidade cultura.

---

<sup>38</sup> <sup>38</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p.167.

Do ponto de vista dos relativistas, a universalidade dos instrumentos internacionais constitui uma forma de imposição cultural do mundo ocidental, que tenta inculcar suas próprias crenças.

Para os universalistas, o discurso dos relativistas é uma escusa para se manterem imunes ao controle da comunidade internacional nos casos de violações dos direitos humanos. Defendem a existência de valores universais, tal como a dignidade da pessoa humana.

A despeito de ambas as orientações terem lógica, há de se reconhecer o paradoxo entre elas. O universalismo moral preconiza que existe uma moral universal aplicável em todas as culturas, indistintamente. Opõe-se ao relativismo universal, o qual entende que cada cultura tem suas particularidades, intrínsecas ao seu modo de vida, e que cada cultura existente deve ter suas diferenças respeitadas justamente porque cada uma delas tem seu modo próprio de se conduzir, não cabendo aos outros julgar o que é certo ou errado em uma cultura, sob pena de estar sendo etnocêntrico.

O universalismo, ao possibilitar que se façam críticas às posturas conforme valores aceitos pela universalidade, deixa transparecer que o ponto de vista daquele que critica pode estar “contaminado” por valores preconcebidos. O principal defeito do universalismo é a intolerância aos comportamentos divergentes e a crença na padronização de todos os povos sob as mesmas concepções morais. Esses padrões inclusive podem ser determinados pelas classes dominantes da sociedade. A principal virtude está na ideia de que os direitos humanos, por exemplo, contêm aspirações imprescindíveis a toda humanidade e por esse motivo eles se coadunariam com qualquer cultura, além disso permite a crítica dos defeitos de cada cultura.

Quanto ao relativismo, um dos pontos positivos é a tolerância que se estabelece. A má consequência é a impossibilidade de estabelecer críticas morais, pois cada cultura tem suas próprias regras e costumes que, independente de qualquer coisa, devem ser respeitadas. Logo o relativismo gera indiferença.

Como resultado dessa dialética, surgiu o multiculturalismo, que teve desenvolvimento maior após a queda do muro de Berlim.

Em resposta a esse debate, a Declaração de Viena, de 1993, dispõe:

5. Todos os Direitos do homem são universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados. A comunidade internacional tem de considerar globalmente os Direitos do homem, de forma justa e equitativa e com igual ênfase. Embora se devam ter sempre presente o significado das especificidades nacionais e regionais e os antecedentes históricos, culturais e religiosos, compete aos Estados,

independentemente dos seus sistemas político, económico e cultural, promover e proteger todos os Direitos do homem e liberdades fundamentais.<sup>39</sup>

Pelo exposto, conclui-se que não há direitos ou garantias fundamentais de natureza absoluta, pois podem ser relativizados. Há porém certas violações de direitos humanos que a Declaração Universal dos Direitos Humanos veda de forma absoluta, tais como a tortura e a escravidão:

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

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

Partindo-se da premissa de que o relativismo pode ser usado como fundamento para justificar a indiferença, e que o Estado não pode denegar aos seus cidadão o mínimo de dignidade, doutrinadores, como Cançado Trindade, defendem que a universalidade é enriquecida pela diversidade cultura, e de forma alguma poderia ser invocada para legitimar violações de direitos humanos. Na lição lapidar de Flávia Piovesan, “a forma como um Estado trata seus cidadãos não se limita à sua jurisdição reservada. A intervenção da comunidade internacional há de ser aceita, suplementarmente, em cumprimento do dever de estabelecer padrões mínimos de proteção dos direitos humanos.”<sup>40</sup>

### 3.3 A consolidação dos direitos humanos

Os direitos fundamentais têm o objetivo de garantir a todos os indivíduos uma existência livre, digna e igualitária, surgindo vias de se chegar à plena realização das potencialidades do ser humano. São institucionalizações de direitos e garantias dos seres humanos que focalizam a sua dignidade e o seu respeito, protegendo o indivíduo contra os arbítrios do Estado e estabelecendo as condições mínimas para a vida.

A consagração normativa desses direitos, ocorrida na França, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, foi o expoente do que viria a ser a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Foi nela que, pela primeira vez, percebeu-se um caráter humano em sua universalidade.

---

<sup>39</sup> Disponível em : <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/viena.html>. Acesso em 26 de maio de 2012.

<sup>40</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 172

### 3.4 A internacionalização dos direitos humanos

A convicção de existência de leis universais que estabeleciam direitos inatos a todos os homens nasceu ainda no período axial.

As civilizações antigas, a exemplo da egípcia, já possuíam leis que salvaguardavam direitos individuais da pessoa humana, porém códigos elencando esses direitos só surgiram muito posteriormente.

Alguns historiadores entendem que o período histórico compreendido entre os séculos VIII e II a.C. foi fundamental para o surgimento e desenvolvimento das concepções de homem e dos fundamentos da vida a partir de elementos racionais, daí porque é denominado período axial:

Em suma, é a partir do período axial que, pela primeira vez na História, o ser humano passar a ser considerado, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais. Lançavam-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes.<sup>41</sup>

No pós-primeira guerra mundial, houve uma tentativa fracassada de se constituir uma organização mundial de Estados para dialogar e evitar a sobreposição dos países. Em seguida veio a Segunda Guerra Mundial que acarretou graves consequências. O temor da deflagração de uma nova guerra e o intuito de evitar aquela barbárie se repetisse, surgiram várias organizações de Estados. Foi firmado o entendimento de que um povo não poderia ser submetido a outro, em claro rechaço ao colonialismo, o que ocasionou o surgimento de vários novos Estados.

De fato, a Segunda Guerra Mundial foi um divisor de águas na história dos direitos humanos no século XX. Se a guerra representou a descartabilidade do indivíduo, o pós- segunda guerra tinha o compromisso de restaurar essa dignidade perdida.

Muitos dos direitos que hoje fazem parte do Direito Internacional dos Direitos Humanos só surgiram no pós-guerra, por meio da Carta das Nações Unidas, de 1945, que convoca todas as nações a se unirem em prol de um ideal, qual seja, o de proteger o indivíduo e a dignidade da pessoa humana em face dos massacres, violações e desmandos promovidos pelos Estados. A esse respeito, Thomas Buergenthal diz que “o Direito Internacional dos

---

<sup>41</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed., rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p.11-12.

Direitos Humanos tem humanizado o direito internacional contemporâneo e internacionalizado os direitos humanos”<sup>42</sup>.

Em 1945, também foi criado um sistema normativo internacional de defesa do indivíduo. Esse sistema é dividido em Sistema Normativo Internacional Global (Sistema ONU), que tem como principais documentos a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, e o Sistema Normativo Internacional Regional, dividido entre os Sistema europeu, africano e americano. Não há hierarquia entre esses sistemas, porquanto eles se complementam em defesa da dignidade da pessoa humana.

O reconhecimento e a proteção dos direitos do homem devem estar presentes nas principais constituições democráticas modernas. Daí porque no âmbito internacional foi tão importante a institucionalização dos direitos humanos.

Nesse sentido, a Declaração dos Direitos do Homem, contida na Constituição francesa de 1791, dispõe, em seu art.16:

Artigo 16 - Toda sociedade que não assegura a garantia dos direitos nem a separação de poderes não possui constituição.

Como sabemos, o respeito aos direitos humanos somente é possível nos países democráticos. Assim, os direitos humanos e a democracia são elementos fundamentais para o sucesso do regime democrático de direito. Nesses casos, não há intervenção do Direito Internacional dos Direitos Humanos, pois ele só é aplicado de forma suplementar, diante da omissão do Estado no seu dever de garantir os direitos humanos ou ao criar empecilhos ao exercício desses direitos.

Os direitos humanos correspondem à somatória de valores, de atos e de normas que possibilitam a todos uma vida digna. Têm como características a indivisibilidade, universalidade, interdependência, inter-relacionamento.

Já a Declaração Universal dos Direitos Humanos têm como características: a complementariedade, que diz respeito a simbiose de direitos que se estabelece para formar a grande teia de direitos humanos; são indisponíveis por não ter natureza econômico-financeira; universais dada a própria natureza humana, aliás, foi a característica que deflagrou a internacionalização dos direitos; são ainda irrenunciáveis, históricos e abstratos.

Das duas características são de tão grande destaque que merecem melhor explanação. São elas a universalidade e a indivisibilidade. A primeira diz respeito ao fato de

---

<sup>42</sup> BUERGENTHAL *apud*. PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p.31

que os direitos se estendem a todas as pessoas. Derivam da natureza humana, não de circunstâncias externas. A indivisibilidade significa que não existe divisão entre os direitos, eles se apresentam em uma relação de comunhão.

Para Bobbio, a Declaração Universal dos Direitos do Homem representa uma síntese do passado e uma inspiração para o futuro.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi feita sob a forma de resolução, que não constitui um tratado. Os questionamentos acerca da natureza normativa desse instrumento, fizeram com que na década de 60, a Declaração Universal dos Direitos Humanos se desenvolvesse em dois pactos: o Pacto De Direitos Cíveis e Políticos, contendo direitos de primeira geração; e o Pacto de Direitos Sociais Econômicos e Culturais, com direitos de segunda dimensão.

Em primeiro momento, os direitos humanos foram concebidos com fundamentação no jusnaturalismo, fruto da metafísica. Tratam-se dos direitos naturais, inatos ao homem por sua natureza humana.

Gradualmente a fundamentação jusnaturalista foi sendo abandonada em nome de uma abordagem histórica dos direitos humanos. Segundo a fundamentação histórica, os direitos humanos seriam mutáveis, eleitos conforme fossem considerados importantes numa determinada circunstância histórica. Em razão disso, seria impróprio dizer que são absolutos direitos que são historicamente relativos.

Nesse sentido, Bobbio ensina:

Do ponto de vista teórico, sempre defendi - e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos - que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.[...] Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem - que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens - ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor.(...) Embora as exigências de direitos possam estar dispostas cronologicamente em diversas fases ou gerações, suas espécies são sempre - com relação aos poderes constituídos - apenas duas: ou impedir os malefícios de tais poderes ou obter seus benefícios.<sup>43</sup>

---

<sup>43</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.25.



Não há dúvida de que o reconhecimento e a proteção dos direitos fundamentais alcançaram determinados estágios de forma lenta e gradual, passando por várias fases, como bem ressaltou Bobbio.

Foi nesse contexto que surgiram as diversas declarações de direitos do homem, a exemplo da Declaração Estadunidense de 1776, da Declaração Francesa, de 1789, e da Declaração da ONU, de 1948, fundamentais para propagação de proteções jurídicas dos direitos fundamentais pelo globo.

A positivação dessas declarações de direitos teve importância imensurável não só por representar uma garantia a esses direitos, mas por reconhecer de forma incontestada a fragilidade do ser humano e a necessidade de colocá-lo como o centro, a razão de ser do ordenamento jurídico.

Destarte, essas declarações se mostravam como uma alternativa viável para tutelar os direitos tidos como essenciais à condição humana.

Como bem observa Bobbio, esses direitos estão em processo evolutivo em vigor, e aos poucos vão despontando e sendo reconhecidos. À medida que a humanidade evolui, a conjuntura nova passa a exigir novos direitos e novas violações são rechaçadas, e assim segue esse processo perene.

O primeiro documento relevante sobre a internacionalização dos direitos humanos foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos, nascida ainda na conjuntura do pós-segunda guerra. Representou a síntese do processo dialético de desenvolvimento dos direitos humanos. Isso porque os direitos do homem nasceram como direitos naturais, universais, transcendentais. Desenvolveram-se como direitos positivos particulares, ou seja nas Constituições, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais.

Com o Estado social de direito e a universalização dos direitos sociais, as bases da acumulação capitalista foram abaladas. Passou-se a ser defendido o neoliberalismo, para a implantação de um Estado passivo em relação aos lucros capitalistas e às leis de mercado, e mínimo em relação aos direitos sociais e trabalhistas. O neoliberalismo acabou por fragilizar os direitos humanos na medida em que implantou um sistema de acumulação exagerado, cada vez mais restritivo e segregador. A escala de exclusão é global. E nesse meio está o ser humano, tentando sobreviver e acompanhar as mudanças e ao mesmo tempo buscando não perder os direitos, tão arduamente adquiridos, em prol de um crescimento econômico e tecnológico que nem sempre beneficia a toda humanidade.

Daí porque a importância de uma gradativa ampliação do reconhecimento e proteção dos direitos do homem, relativizando a soberania do Estado, em um processo de democratização do sistema internacional.

A democracia, a liberdade e a igualdade são fundamentos dos direitos humanos no plano internacional. Sem qualquer desses elementos, não há sucesso na efetivação dos direitos do homem. Sem os direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia e, sem esta, não existem condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos.

A esse respeito, Amartya Sen, entende que o desenvolvimento humano não corresponde apenas a um aumento dos resultados financeiros, da renda *per capita*. Ele está intrinsecamente ligado à liberdade humana, decorrente do reconhecimento do papel ativo dos indivíduos na sociedade. É a expansão da liberdade o principal fim e o principal meio do desenvolvimento, e condição essencial para que os indivíduos possam exercer, de forma moderada, seu papel de agentes. Somente com a garantia dos direitos humanos há liberdade e, conseqüentemente, desenvolvimento. Participar diretamente das decisões políticas que afetam as vidas das pessoas é fundamental para que haja o desenvolvimento humano, que não é nada mais que um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam para escolher o tipo de vida que desejam levar.<sup>44</sup>

### **3.5 O sistema normativo internacional dos direitos humanos e sua eficácia**

No que se refere à eficácia dos direitos humanos, foi importante a criação de instrumentos normativos internacionais para enfatizar o compromisso ético-jurídico que o Estado tem de velar pelo cumprimento do acordado.

Indubitavelmente a Segunda Guerra Mundial marcou nossa história por ter sido o apogeu da crueldade humana, do horror nuclear e do racismo institucionalizado. Por conta de ideologias intolerantes que preconizavam a superioridade de certas etnias, milhares de inocentes foram aniquilados de formas desumanas e brutais. O saldo desse caos foi o reconhecimento da necessidade de se criarem instrumentos que refreassem a barbárie gerada pela onipotência dos interesses estatais, pois é inescusável proteção ao ser humano, vulnerável que é aos desígnios do Estado.

---

<sup>44</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo, Companhia das Letras, 2000, 7ªed.,p. 17.

Foi nesse contexto que surgiu a Organização das Nações Unidas (ONU), organização internacional produto da aliança entre os Estados no intuito de coibir qualquer tipo de violação aos direitos fundamentais básicos do homem.

À medida que se universalizou a ideia de que todos os seres humanos merecem respeito, independentemente de qualquer diferença ou vínculo com ordem jurídica, pelo simples fato de sua humanidade, paulatinamente foram surgindo instituições jurídicas de defesa da dignidade humana. A instituição de instrumentos de força obrigatória tornou mais eficaz a proteção aos direitos humanos. O despontar do homem como sujeito de direitos no âmbito do direito internacional fez com que ao ser humano fosse garantida proteção de direito internacional que não se limitava a fronteiras. De fato, a despeito já ter há muito sido difundida a concepção de que o homem possui direitos e liberdades fundamentais inatos, a proteção aos direitos humanos no âmbito internacional é recente.

A aplicação dos direitos humanos ainda encontra obstáculos relacionados à questão da tradicional concepção de soberania. Reitera-se que uma nova concepção de soberania estatal se coaduna à imposição de proteção internacional dos direitos humanos no sentido de introduzir meios de responsabilização internacional dos Estados, sem contudo ameaçar a soberania destes.

É plenamente justificável o controle, a vigilância e o monitoramento do desempenho desses direitos pela comunidade internacional, a exemplo da ONU, pois atualmente o que vige é a prevalência dos direitos humanos face ao direito interno. Outrossim, os mecanismos de proteção internacional dos direitos humanos, ou seja, do Direito Internacional dos Direitos Humanos, têm caráter complementar, subsidiário, sendo aplicados somente quando as instituições nacionais baldam a tarefa de proteção. Os tratados internacionais de direitos humanos são concebidos no sentido de harmonizar garantias nacionais e garantias internacionais, ou seja, suplementando as medidas nacionais de direitos básicos.

Por seu turno, Flávia Piovesan se mostra favorável à delimitação da tradicional noção de soberania:

[...] os tratados internacionais voltados à proteção dos direitos humanos, ao mesmo tempo em que afirmam a personalidade internacional do indivíduo e endossam a concepção universal dos direitos humanos, acarretam aos Estados que os ratificam obrigações no plano internacional. Com efeito, se no exercício de sua soberania, os Estados aceitam as obrigações jurídicas decorrentes dos tratados de direitos humanos, passam então a se submeter à autoridade das instituições internacionais, no que se refere à tutela e fiscalização desses direitos em seu território. Sob este prisma, a violação de direitos humanos constantes dos tratados, por significar

desrespeito a obrigações internacionais, é matéria de legítimo e autêntico interesse internacional, o que vem a flexibilizar a noção tradicional de soberania nacional.<sup>45</sup>

Piovesan aponta ainda a forte resistência que alguns países têm em relação a questão da responsabilidade internacional e da proteção dos direitos humanos. A China, por exemplo, afirma que o tema de direitos humanos é matéria de jurisdição nacional, e que os princípios da soberania e da não-intervenção são aplicáveis a todas as áreas de Direito, logo não pode ser diferente em relação aos direitos humanos.

Ainda sobre o tema, acrescenta Mirtô Fraga:

[...] não se pode esquecer que o conceito de soberania não é estático, mas dinâmico, modificando-se para atender às necessidades da sociedade internacional. Do conceito de soberania como a qualidade do poder do Estado que não reconhece outro poder maior que o seu – ou igual – no plano interno, chegou-se à moderna conceituação: Estado soberano é o que se encontra, direta e imediatamente, subordinado à ordem jurídica internacional. A soberania continua a ser um poder (ou qualidade do poder) absoluto; mas, absoluto não quer dizer que lhe é próprio. A soberania é, assim, um poder (ou grau do poder) absoluto, mas não é nem poderia ser ilimitado. Ela encontra seus limites nos direitos individuais, na existência de outros Estados soberanos, na ordem internacional.<sup>46</sup>

Intervir nos assuntos internos de outro país para fazer cessar abuso de direitos humanos constitui ainda o principal dilema da política internacional contemporânea. Sobre esse assunto, Hermann fala que, embora não haja consenso em estabelecer se uma intervenção é ou não justa, se seria ou não um dever moral, a doutrina majoritária considera justificável, desde que as violações sejam tão graves que choquem a consciência da humanidade. Entende-se por choque o abalo verificado no cidadão comum em uma democracia liberal.

Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, sobreveio o conceito contemporâneo de direitos humanos, fruto da internacionalização dos direitos humanos no pós-guerra. Embora já no período axial fosse reconhecida a igualdade entre todos os homens, foi necessário que a humanidade experimentasse o amargor da guerra para que enfim os direitos humanos fossem proclamados em âmbito global.

A evolução dos direitos humanos pode ser resumida com a afirmação de que “os direitos humanos nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares (quando cada Constituição incorpora Declaração de Direitos) para finalmente encontrar a plena realização como direitos positivos universais”<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> <sup>45</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 36

<sup>46</sup> FRAGA, Mirtô. **O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.9.

<sup>47</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004. p. 30

Nesse sentido, constata Flavia Piovesan:

O Direito Internacional dos Direitos Humanos, ao concentrar seu objeto nos direitos da pessoa humana, revela um conteúdo materialmente constitucional, já que os direitos humanos, ao longo da experiência constitucional, sempre foram considerados matéria constitucional. Contudo, no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a fonte destes direitos é de natureza internacional.<sup>48</sup>

Embora o marco inicial da internacionalização dos direitos humanos tenha sido a Declaração Universal dos Direitos Humanos, não se pode deixar de olvidar a importância que o sistema westfaliano exerceu nas relações internacionais e na solução de conflitos.

Criado em 1648, no fim da Guerra dos Trinta anos, o tratado da Westfália pretendia reordenar as relações interestatais, tendo como axiomas a soberania, autodeterminação, igualdade entre as partes contratantes e reciprocidade no cumprimento de obrigações.

Os axiomas sistema westfaliano tornaram-se defasados por obstaculizarem a proteção de direitos invioláveis.

O advento dos Pactos Internacionais de direitos civis e políticos, e dos de Direitos Econômicos e Sociais, aprovados pela Organização das Nações Unidas em 1966 e, no âmbito interamericano, do Protocolo de São Salvador de 1988, que aditou rol de direitos sociais, econômicos e culturais à Convenção Interamericana de Direitos Humanos, conhecida também como Pacto de São José da Costa Rica; significam o intento da comunidade internacional de proteger o ser humano, abarcando os direitos básicos de todas as formas possíveis e evitar violações por partes dos Estados.

Segundo Selma Regina Aragão, a adoção de diretrizes neoliberais na era da integração global de fins do século XX, com a consequente mitigação do Welfare State (Estado do Bem-estar Social), "aponta para um futuro negro para os direitos humanos".<sup>49</sup> Explica ainda que a lógica do capitalismo neoliberal, de primazia da economia sobre a política, resulta na exclusão social de milhares de pessoas, o que demonstra um desvio de interesses, pois ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, as relações devem ser pautadas no bem estar do indivíduo, não em interesses econômicos que acarretam privilégio para poucos.

---

<sup>48</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 44.

<sup>49</sup> ARAGÃO, Selma Regina. **Direitos humanos na ordem mundial**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 8

Toda essa explanação é necessária para demonstrar os fundamentos de um dos aspectos desenvolvidos neste trabalho, qual seja, a violação por parte dos Estados de direitos humanos, em especial daquele que não mantém vínculo jurídico com o Estado.

Compreende-se que os Estados são soberanos, autodetermináveis, capazes de se organizar da forma que mais conveniente. Porém, na sociedade internacional ele deve ocupar uma posição de respeito ante os outros atores internacionais, submetendo-se aos direitos e obrigações constantes nos tratados a que aderir.

As atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial levaram a comunidade internacional a reconhecer a questão da proteção dos direitos humanos como matéria de interesse internacional. Foram firmados tratados internacionais criando obrigações e responsabilidades para o Estado em relação aos indivíduos sob sua jurisdição. Como decorrência da elevação desses interesses ao nível global, os direitos humanos transcenderam, ultrapassando as fronteiras estatais, e foram desenvolvidos paradigmas de proteção aos direitos humanos a serem seguidos pelos Estados em respeito a todas as pessoas, independentemente de nacionalidade. Desencadeou-se um processo de humanização do direito internacional pelo reconhecimento do ser humano como sujeito de direitos internacionalmente protegidos e pela responsabilização internacional do Estado que obsta esses direitos a qualquer indivíduo.

A partir do momento em que o Estado adere aos pactos de direitos humanos, ele se vincula, devendo, portanto, cumpri-los. Se ele descumprir e violar os direitos humanos de alguém, deve se submeter às sanções estabelecidas no pacto.

O ideal seria que as violações de direitos humanos fossem solucionadas dentro do próprio Estado em que surgiram, sem que as vítimas necessitassem buscar o sistema internacional de monitoramento. Daí o porquê do princípio da subsidiariedade. Contudo, essa hipótese não ocorre hodiernamente, o que justifica a existência e eleva a importância dos mecanismos de eficácia dos direitos humanos.

#### **4 DO IMIGRANTE INDOCUMENTADO**

Percebe-se que, ao longo da história da humanidade, o ser humano foi se agrupando em comunidades com interesses semelhantes. Acontece que a dinâmica das relações humanas fez com que os indivíduos cada vez mais se deslocassem pelo globo, seja para realizar atividades comerciais, seja para buscar melhores condições de vida.

Neste sentido, é importante averiguar o tratamento jurídico que esse alienígenas recebem em território estrangeiro. Em especial, é imprescindível perquirir sobre as violações de direitos humanos, uma vez que os Estados, muitas vezes, se sentem desobrigados a prestar os direitos básicos ao indivíduo com o qual não tem relação jurídica.

Essa indiferença estatal, em geral, está associada a escusa de que os direitos fundamentais das Constituições dos Estados estariam direcionadas apenas aos nacionais. De outra parte, alega-se também a impossibilidade de intervenção na soberania de um país para a proteção internacional dos direitos humanos.

#### **4.1 As origens do reconhecimento de direitos ao estrangeiro**

A história do direito internacional privado está intrinsecamente relacionada ao surgimento de direitos destinados aos estrangeiros. De fato, o direito internacional privado surgiu para apresentar soluções às contendas nas relações internacionais de âmbito privado. Um vez que o indivíduo migra para outras áreas do globo, invariavelmente sua presença vai acarretar consequências jurídicas no Estado em que se encontra.

Nesse sentido, importa trazer a colação um breve histórico do reconhecimento de direitos aos estrangeiros.

Na Antiguidade, o estrangeiro era considerado bárbaro, sendo tratado com animosidade, algumas vezes privado dos direitos mais ordinários a qualquer indivíduo. Na China, podiam ser mortos; no Egito, apenas os ribeirinhos do Nilo eram considerados puros; já na Índia antiga, os nascidos fora do território eram impuros. Somente com o desenvolvimento comercial foi que surgiu a oportunidade de esses alienígenas se aproximarem das civilizações clássicas e, a partir daí, serem instituídos direitos ao imigrante.

Em Atenas, os estrangeiros chamavam-se metecos. A eles foram concedidos direitos civis equiparados aos dos gregos, desde que fossem domiciliados na pólis. Podiam exercer livremente as atividades, contudo só poderiam adquirir casas ou terras se autorizados pelo Estado.

Para poder gozar de segurança e exercer certas atividades comerciais em território grego, o estrangeiro se via obrigado a pagar diversas taxas (ex.: polemarcha). Foi nesse contexto que surgiu a figura do próxeno, indivíduo designado para orientar os metecos em suas atividades comerciais e zelar por seus interesses. Conforme Edgar Carlos de Amorim afirma, “tratava-se de conselheiro, orientador com atuação nas transações comerciais. Era

como se fosse um cicerone.<sup>50</sup>”, ou seja, uma pessoa encarregada de guiar os estrangeiro, fornecendo-lhes as informações que lhes interessassem.

Visando proteger os forasteiros e também os negócios por eles realizados, foram criados tratados entre as cidades, os chamados asílias.

Durante o Império romano, o estrangeiro era vendido como escravo, sendo posteriormente elevado à categoria de peregrino, que gozava de alguns direitos civis. Malgrado, após determinado tempo, passou a ter alguns direitos com base no *jus gentium*, normas de direito romano que permitiam aos forasteiros invocar determinadas regras do direito romano para facilitar as relações comerciais com outros povos, fruto de ato unilateral romano.

Durante as invasões bárbaras, o aumento do número de estrangeiros fez surgir o regime jurídico da “personalidade das leis” ou “personalidade do direito”, segundo o qual os litígios eram resolvidos aplicando-se a norma concernente ao povo ao qual a pessoa pertencia, prevalecendo assim o *jus sanguinis*. Isso significou a perda do caráter territorial que a lei tinha até o momento. A mesclagem étnica decorrente daquela convivência no mesmo território acabou por fazer desaparecer o regime jurídico da personalidade do direito.

Após a fim do Império Carlovíngio o poder central acabou se enfraquecendo e a autoridade do rei tornou-se muito restrita, constituindo a territorialidade das leis, o princípio do *jus soli*.

No feudalismo, as circunstâncias reduziram as trocas comerciais e os feudos passaram a se proteger de invasões. A falta de intercâmbio de mercadorias estancou o fluxo migratório. No norte da Itália, contudo, a permuta cultura e mercantil ainda era muito significativa.

Durante os séculos seguintes, foi se delineando os estudos jurídicos a respeito dos estrangeiros, com destaque para os códigos pioneiros, surgidos no século XIX, com normas sobre estrangeiros: Código Civil Francês (1804) e o Código Civil do Chile (1855).

O sentimento de cidadania nos nativos dos territórios na antiguidade era muito forte, de forma que, para eles, era essencial deferir o não-cidadão do cidadão, sendo este, a princípio, único titular de direitos.

Atualmente, o direito dos estrangeiros costuma ser regulado pelos Estados. Trata-se de “conjunto de regras materiais que reservam para os estrangeiros um tratamento diferenciado daquele que o direito local confere aos nacionais”<sup>51</sup>. Essas normas, em geral,

---

<sup>50</sup> AMORIM, Edgar Carlos. Direito Internacional Privado. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 64.

<sup>51</sup> MACHADO, João Baptista. **Lições de direito internacional privado**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999, p.18.



estabelecem e princípios jurídicos que definem a situação jurídica dos estrangeiros, a sua entrada e permanência em território nacional, a sua saída do território nacional e etc.

A origem desses direitos está relacionada principalmente aos deslocamento que alguns seres humanos faziam para realizar trocas comerciais. O objetivo era apenas facilitar a presença dos estrangeiro em território estrangeiro e não prejudicar o comércio. Não havia ainda um sentimento de humanidade, de concessão de direitos pela essência do ser humano, digno de direito que é.

#### **4.2 O novo direito internacional privado e os direitos humanos**

Com a globalização, as fronteiras dos países vem sucumbindo diante das inovações tecnológicas e científicas. As pessoas passaram a se deslocar cada vez mais entre os Estados e esse novo cenário requereu uma mudança no Direito Internacional Privado.

Na atualidade, a preocupação com os direitos humanos ultrapassou os limites do Direito Internacional Público e se expandiu por vários outros ramos do direito. Obviamente, o Direito Internacional Privado também foi bastante afetado. A partir daí, passou-se a entender que uma melhor aplicação do Direito Internacional Privado, pautada no respeito aos direitos humanos, é necessário fazer um exame valorativo do caso concreto.

O desenvolvimento e a universalização dos direitos fundamentais acarretaram reflexos tanto no âmbito interno como no externo das normas jurídicas, influenciando sobremaneira na metodologia do Direito Internacional Privado.

A força da universalidade dos direitos humanos, tutelados por inúmeros tratados internacionais, acarretou a gradual inserção desses direitos no direito interno dos Estados, seja pela incorporação dos tratados, seja pelas reformas constitucionais promovidas por diversos países nas últimas décadas. Contudo, discute-se sobre a aplicação desses direitos fundamentais aos estrangeiros.

#### **4.3 A influência dos direitos humanos no direito internacional privado**

O desenvolvimento do direito internacional público, principalmente no pós-segunda guerra mundial, trouxe como consequência a progressiva internacionalização dos direitos fundamentais, designados como direitos humanos no âmbito internacional.

A medida que os princípios protetivos dos direitos humanos foram sendo inseridos no ordenamento jurídico dos países, eles foram sendo reconhecidos como princípios

fundamentais, de aplicação assegurada pelas normas positivadas, bem como nas relações de Direito Internacional Privado.

A proteção da pessoa humana é hoje o objetivo precípua de todo o ordenamento jurídico. Elas visam realizar o bem-comum, que existe independentemente da vontade dos Estados. Seu valor obrigatório é fundado no fato de que ele é indispensável à ordem social. É fruto da razão e transcende atingindo toda sociedade interestatal.

Essa proteção aos direitos humanos ultrapassou as fronteiras iniciais do direito público, e passou a integrar os princípios constitucionais. Um norma de direito internacional, contudo, não opera no Estado se não houver sido aceita e introduzida no plano interno.

Vale referir, no ponto, e no sentido ora exposto, o douto magistério de Flávia Piovesan:

Em síntese, o Direito Internacional dos Direitos Humanos pode reforçar a imperatividade de direitos constitucionalmente garantidos – quando os instrumentos internacionais complementam dispositivos nacionais, ou quando estes reproduzem preceitos enunciados da ordem internacional – ou ainda estender o elenco dos direitos constitucionalmente garantidos – quando os instrumentos internacionais adicionam direitos não previstos pela ordem jurídica interna. Contudo, ainda se faz possível uma terceira hipótese no campo jurídico: a hipótese de um eventual conflito entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito interno. Esta terceira hipótese é a que encerra maior problemática, suscitando a seguinte indagação: como solucionar eventual conflito entre a Constituição e determinado tratado internacional de proteção dos direitos humanos?<sup>52</sup>

E ainda é oportuno citar Antônio Augusto Cançado Trindade, que em entrevista ao *Jornal do Brasil* de 20.12.1998, ensina:

A decisão soberana dos Estados se manifesta em dois momentos: os da assinatura e ratificação dos tratados dos direitos humanos. Uma vez que os tratados entram em vigor, já não há espaço para invocar a soberania em sua interpretação e aplicação. Isso não faria sentido. Ao contrário dos tratados clássicos, marcados pela reciprocidade e as concessões mútuas, os tratados de direitos humanos se guiam pela realização de interesses comuns superiores. Eles são dotados de mecanismos próprios de supervisão internacional. É a solidariedade que os inspira, não a soberania nacional. Eles protegem os direitos humanos que são inerentes a toda pessoa humana, sendo, portanto anteriores e superiores a qualquer forma de organização política. O estado existe para o ser humano, e não vice-versa.<sup>53</sup>

A proteção da dignidade da pessoa humana está sendo cada vez mais priorizada e aplicada no Direito Internacional Privado. Essa disciplina, antes impregnada por doutrinas individualistas, paulatinamente foi sofrendo influências do constitucionalismo, com

---

<sup>52</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 121.

<sup>53</sup> CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. “Não há anistia para a tortura”. in *Jornal do Brasil*. Rio de Janeiro, 20 dez. 1998, p.34. Disponível em: < <http://news.google.com/newspapers?id=EaY1AAAAIBAJ&sjid=-bcFAAAAIBAJ&hl=pt-BR&pg=6731%2C4095026>>. Acesso em: 14 de abril de 2012.

interpretações cada vez mais humanistas, em virtude da impossibilidade de se ignorar as consequências reais da aplicação das normas de direito internacional privado e os desígnios da sociedade.

A partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, na qual está expressa a proteção da dignidade da pessoa humana, deflagrou-se a moderna concepção de universalidade dos direitos humanos, ou seja, a noção de que esses direitos são indivisibilidade e atingem a toda a humanidade, independentemente de qualquer coisa. A própria condição de pessoa é o requisito único para a dignidade e titularidade de direitos. Já a indivisibilidade diz respeito ao fato de a garantia de direitos civis e políticos ser condição *sine qua non* para a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa.

Com efeito, não se pode negar a influência da moderna concepção de direitos humanos e, por reflexo, dos direitos fundamentais no âmbito interno, nos direitos privados, logo, nos direitos aplicáveis aos estrangeiros.

#### **4.4 A proteção dos direitos humanos do imigrante ilegal**

A globalização acarretou uma crescente mobilidade humana, em especial para os países ditos de primeiro mundo, que oferecem melhores condições de vida aos seus nativos. O ser humano é livre para se locomover entre os Estados. Por vezes, porém, ele o faz de forma ilegal, não obstante o que estabelece o art. XIII da Declaração Universal Dos Direitos Humanos:

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

A ilegalidade se caracteriza pela inadequação dos meios utilizados na migração, como, por exemplo, a ausência do visto, uma vez que os Estados têm o poder discricionário de determinar os requisitos necessário para se adentrar num dado país.

A esse respeito, a Convenção de Havana sobre a Condição do Estrangeiro, de 1928, dispõe, no art. 1º que os Estados tem o direito de estabelecer, por meio de leis, as condições de entrada e residência dos estrangeiros em seus territórios.

**Art. 1º** Os estrangeiros que pertençam a qualquer dos Estados contractantes gozam, no territorio dos demais, dos mesmos direitos civis que se concedam aos nacionaes. Cada Estado contractante pode, por motivo de ordem publica, recusar ou sujeitar a condições especiaes o exercicio de determinados direitos civis aos naciones dos outros, e qualquer desses Estados pode, em casos identicos, recusar ou sujeitar a condições especiais o mesmo exercicio aos nacionaes do primeiro.

**Art. 2º** Os estrangeiros que pertençam a qualquer dos Estados contractantes gozarão também, no território dos demais de garantias individuais idênticas às dos nacionais, salvo as restrições que em cada um estabeleçam a Constituição e as leis. As garantias individuais idênticas não se estendem ao desempenho de funções públicas, ao direito de sufrágio e a outros direitos políticos, salvo disposição especial da legislação interna.

E a Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, no art. 22, também regula a matéria:

Artigo 22 - Direito de circulação e de residência

1. Toda pessoa que se encontre legalmente no território de um Estado tem o direito de nele livremente circular e de nele residir, em conformidade com as disposições legais.
2. Toda pessoa terá o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive de seu próprio país.
3. O exercício dos direitos supracitados não pode ser restringido, senão em virtude de lei, na medida indispensável, em uma sociedade democrática, para prevenir infrações penais ou para proteger a segurança nacional, a segurança ou a ordem públicas, a moral ou a saúde públicas, ou os direitos e liberdades das demais pessoas.
4. O exercício dos direitos reconhecidos no inciso 1 pode também ser restringido pela lei, em zonas determinadas, por motivo de interesse público.
5. Ninguém pode ser expulso do território do Estado do qual for nacional e nem ser privado do direito de nele entrar.
6. O estrangeiro que se encontre legalmente no território de um Estado-parte na presente Convenção só poderá dele ser expulso em decorrência de decisão adotada em conformidade com a lei.

O imigrante clandestino é “indivíduo que se introduz sub-repticiamente em navio, avião, trem, etc. para viajar sem documentos nem passagem”<sup>54</sup>, ou seja, o ilegal, não-documentado, que se difere do irregular, que está com o visto vencido, por exemplo.

Impende discutir neste ponto a proteção de direitos humanos dos imigrantes não-documentados. A grande questão é determinar se o Estado pode, no exercício de sua soberania, se eximir de prover direitos básicos a esse indivíduos com os quais não possui vínculo jurídico-político.

O estrangeiro é todo aquele que se encontra fora do Estado com o qual mantém o vínculo jurídico-político. Atualmente, são raros os países que não garantem direitos clássicos a todos aqueles que se encontrem submetidos à jurisdição do país, independentemente da nacionalidade ou da permanência.

Rezek ensina, nesse sentido:

Nenhum Estado soberano é obrigado, por princípio de direito das gentes, a admitir estrangeiros em seu território, seja em definitivo, seja a título temporário.

<sup>54</sup> FERREIRA, Aurélio B. de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p.415.

[...]

A qualquer estrangeiro encontrável em seu território — mesmo que na mais fugaz das situações, na zona de trânsito de um aeroporto — deve o Estado proporcionar a garantia de certos direitos elementares da pessoa humana: a vida, a integridade física, a prerrogativa eventual de peticionar administrativamente ou requerer em juízo, o tratamento isonômico em relação a pessoas de idêntico estatuto. É possível afirmar, à luz de um quadro comparativo, que na maioria dos países a lei costuma reconhecer aos estrangeiros, mesmo quando temporários, o gozo dos direitos civis — com poucas exceções, das quais a mais importante é o exercício de trabalho remunerado, acessível tão-só ao estrangeiro residente. No que se refere à propriedade de imóveis, ela é em geral facultada, nos países ocidentais, até mesmo ao estrangeiro que permanece na origem e adquire esse patrimônio mediante negociação a distância. O Brasil submete a requisitos severos — mas não proíbe — a aquisição, por estrangeiro, de terras na faixa de fronteiras.

O estrangeiro não tem direitos políticos, mesmo quando instalado definitivamente no território e entregue à plenitude de suas potencialidades civis, no trabalho e no comércio. Este princípio — só excepcionado por convenções especiais — significa que ele não pode votar ou ser votado, nem habilitar-se a uma carreira estatutária no serviço público. No Brasil, valeria acrescentar que a falta de direitos políticos torna o estrangeiro inidôneo para propor a ação popular, uma forma de exercício da cidadania destinada à proteção do patrimônio público.<sup>55</sup>

Logo, entende-se que o estrangeiro, mesmo sendo não-documentado, tem garantidos direitos básicos da pessoa humana.

Existem países que, inclusive, possuem tratados internacionais que reconhecem aos cidadãos dos países envolvidos direitos similares aos dos nacionais, a exemplo do estatuto da igualdade entre brasileiros e portugueses e das convenções decorrentes dos tratados de Roma.

Embora o direito internacional público entenda que o Estado tem o dever de proporcionar direitos básicos ao indivíduo que se encontre em seu território, o Brasil é um caso peculiar.

O Brasil reconhece apenas aos nacionais a possibilidade de gozar dos direitos garantidos na Constituição. Os estrangeiros, a princípio, só são investidos na titularidade desses mesmo direitos quando estiverem na qualidade de residentes no país.

Segundo Dimoulis, o estrangeiro que tem permanência ilegal no Brasil, em virtude de a Constituição “não fazer referência aos estrangeiros legalmente estabelecidos, isso significa a tutela dos direitos fundamentais não depende da situação e das condições de permanência, mas do simples fato empírico de vincular-se como País de forma mais duradoura.<sup>56</sup>”. E continua o autor:

Nesse entendimento aqui perpetrado, interpreta-se a palavra ‘residente’ de forma literal sem se preocupar com as implicações legais de eventual irregularidade de quem se encontra no país. Essa solução interpretativa corresponde ao princípio in

<sup>55</sup> REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.193-194.

<sup>56</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 74.

dubio pro libertate que se aplica na área dos direitos fundamentais: em havendo dúvida quanto à extensão de um direito fundamental deve ser dada a resposta que favoreça ao indivíduo e não ao Estado.

O Estado brasileiro não explicita, em sua Constituição, proteção dos direitos fundamentais dos estrangeiros não residentes no país. Tal fato, contudo, não significa que esse indivíduo fique à mercê do Estado, pois este só pode afetar os interesses desse alienígena se houver base legal para isso, em virtude da vinculação do Estado aos princípios da legalidade da Administração e da submissão do Judiciário à lei<sup>57</sup>.

A fim de conceder aos estrangeiros, não residentes no país, a titularidade dos direitos fundamentais, a doutrina constitucional brasileira propõe argumentos, dos quais destacam-se dois : o da dignidade da pessoa humana e o argumento dos direitos decorrentes.

O primeiro argumento permite ampliar a titularidade dos direitos fundamentais sem desrespeitar a vontade do poder constituinte. Esse argumento considera que a dignidade da pessoa humana tem caráter universal, atingindo a toda a humanidade pela essência do próprio ser humano, e , em sendo um dos fundamentos do Estado brasileiro, o seu caráter de princípio fundamental garante o gozo dos direitos necessários à preservação da dignidade da pessoa humana, reconhecendo, portanto, a titularidade dos direitos a todas as pessoas. O segundo argumento propõe que a Constituição reconhece que todos podem gozar dos direitos decorrentes de tratados internacionais.

Em suma, o direito brasileiro concede aos nacionais e estrangeiros residentes no país direitos de primeira categoria, por serem imodificáveis pelo legislador infraconstitucional, enquanto os estrangeiros não residentes são titulares de direitos de segunda categoria, passíveis de serem modificados pelo legislador. Essa diferença só pode ser sanada por meio de emenda à Constituição ou pela aprovação do tratado por um quórum qualificado.

#### **4.5 A eficácia dos direitos humanos no caso do imigrante ilegal**

As influências dos direitos humanos não se restringiram apenas à introdução, no arcabouço jurídico nacional e internacional, de uma nova acepção de proteção aos direitos básicos do indivíduo, mas, também, os direitos humanos adquiriram o papel imprescindível de ter sido o responsável pela aproximação do Direito Internacional Público e do Direito Internacional Privado. Ambas as searas agora tem como foco a proteção da pessoa humana.

---

<sup>57</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Op. cit.*, p.75.

Os direitos do homem assumiram grande relevância no regramento do conflito de leis, de modo que o ordenamento jurídico, na aplicação das regras de direito internacional privado, deve estar em consonância não só com as normas internas do Estados, mas também com os direitos humanos, tendo estes como parâmetro. Da observância, execução, aplicação e uso desses instrumentos de direitos humanos decorre a sua eficácia, ou seja, a concretização da norma internacional de direitos humanos.

O eixo axiológico dos direitos humanos é o da dignidade do ser humano, elevada ao patamar de um valor moral, na esfera nacional por meio das Constituições, e na internacional, com os tratados de direitos humanos.

O despontar dos sujeitos do direito internacional e das organizações internacionais torna complexa a questões do exercício e da garantia dos direitos fundamentais, fazendo-se necessário rediscutir o princípio da soberania estatal, mesmo diante de violações de direitos humanos de imigrantes ilegais.

Diante da incompatibilidade entre o conceito clássico de soberania e a necessidade de proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos, muitos países já passaram a admitir a relativização da soberania.

Partindo desse premissa, é possível inferir que independentemente da nacionalidade, os nacionais e estrangeiros, por sua essência humana, devem ter acesso à direitos básicos, pois eles são essenciais ao homem.

Uma outra perspectiva interessante a respeito da relativização da soberania para a efetivação dos direitos humanos entende que a proteção dos direitos humanos está inserida no próprio conceito de soberania. A dignidade da pessoa humana é característica inerente ao conceito de soberania. Essa concepção tem por fundamento o Estado democrático de direito. Afirma que, se é função de o Estado proteger a dignidade da pessoa humana, a violação de direitos humanos que vier a ocorrer será, por acréscimo, uma afronta à própria soberania, uma vez que é o indivíduo o detentor da soberania, sendo o Estado o outorgado para o seu exercício. Para Rogério Taiar, a dignidade humana, embora preexista a qualquer norma, é positivada para enfatizar o compromisso ético-jurídico do Estado em velar pelo seu cumprimento<sup>58</sup>. Tanto o Estado como a constituição são produtos da vontade humana, decorrentes do poder constituinte originário. Considerando que um Estado só existe quando

---

<sup>58</sup> TAIAR, Rogério. **Direito internacional dos direitos humanos**: uma discussão sobre a relativização da soberania em face da efetivação da proteção internacional dos direitos humanos. 2009. Tese (Doutorado em Direitos humanos) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009. Disponível em <[http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-24112009-133818/publico/Rogério\\_Taiar\\_Tese.pdf](http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-24112009-133818/publico/Rogério_Taiar_Tese.pdf)>. Acesso em 16 setembro 2011.p.253-254.

constituído pela constituição<sup>59</sup>, e que “o soberano acima da constituição é o titular do poder de fazer e de desfazer as constituições, ou seja, o titular do poder constituinte, o povo”<sup>60</sup>, fundamento e fim do Estado, conclui-se que a proteção dos direitos humanos está inserida no conceito de soberania, pois esta é delegada dos cidadãos para proporcioná-los o bem-estar, logo, assegurar a dignidade da pessoa humana. Assim, se é função do Estado proteger a dignidade da pessoa humana, a violação de direitos humanos que vier a ocorrer será, por acréscimo, uma afronta à própria soberania.

A eficácia dos direitos humanos também pode se dá, e na maioria das vezes é o que ocorre, por meio de tratados internacionais. Nesse sentido:

Convém, entretanto, ter presente que, posto uma questão seja, em princípio, da competência exclusiva de um Estado, este pode ver-se privado de tal competência, se a dita questão assume caráter internacional. Isto ocorrerá quando o Estado, em virtude de compromisso internacional, se obrigou a reconhecer a outro Estado certos direitos ligados diretamente à matéria do seu domínio reservado ou se comprometeu, para com outro Estado, a fazer ou não fazer alguma coisa que era da sua competência exclusiva.<sup>61</sup>

A importância desse ponto está relacionada às constantes violações de direitos humanos que se tem observado mesmo quando o Estado violador é signatário de tratado internacional sobre o tema. O foco deste trabalho é no caso dos imigrantes ilegais, que ao chegarem a outro país, acabam sendo privados de direitos básicos, como atendimento médico e ensino, configurando patente violação aos direitos humanos.

O principal subterfúgio utilizado pelos Estados para negligenciar a disposição de direitos fundamentais é o exercício soberania estatal e a incompatibilidade das normas internas com as normas de direito internacional. Contudo, no sistema de direitos humanos contemporâneo a soberania e o princípio da não-intervenção são inoponíveis diante da necessidade de proteção dos direitos humanos.

O impasse existente entre a soberania e a aplicação de normas internacionais diz respeito ao fato de a intervenção do Direito Internacional dos Direitos Humanos no território do Estado ser considerada uma afronta ao poder soberano do Estado. A doutrina tem entendido que o reconhecimento do homem como sujeito de direitos internacional implica em responsabilização do Estado em casos de violação de direitos humanos, o que acabaria por limitar a soberania. A inércia do Estado diante da violação no âmbito nacional justifica o

---

<sup>59</sup> Josef Isensee *apud* BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: Para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 18.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p.24.

<sup>61</sup> ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do. **Manual de Direito Internacional Público**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p.204.



monitoramento desses direitos pela comunidade internacional, e a eventual invocação dos Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Sidney Guerra afirma que “ocorrendo um conflito de uma norma internacional com uma norma interna, a primeira deve prevalecer em detrimento da segunda, isto é, pelo fato do direito internacional ser superior é que o direito interno àquela norma deve ser aplicada.”<sup>62</sup>

O conflito entre direito interno e direito internacional não acarreta a quebra da unidade do sistema jurídico, mas é importante que seja respeitada a ordem normativa internacional, pelo fato de o direito internacional ser mais amplo. Nesse sentido, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados :

Artigo 27

Direito Interno e Observância de Tratados

Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.<sup>63</sup>

É interessante notar que enquanto a cidadania está relacionada ao direito de ter direitos, que corresponde a uma comunidade juridicamente organizada com respaldo no princípio da legalidade, os direitos humanos são uma construção da igualdade, que demanda uma compreensão de abrangência internacional. Por conseguinte, em se tratando de direitos humanos do imigrante ilegal, o exercício da competência pessoal do Estado, mediante o princípio de proteção diplomática, deve ser substituído pelo princípio da proteção internacional, que tutela os direitos dos indivíduos sejam eles cidadãos ou não.

Para Cançado Trindade, “não se pode visualizar a humanidade como sujeito de Direito a partir da ótica do Estado; impõe-se reconhecer os limites do Estado a partir da ótica da humanidade”<sup>64</sup>. Com efeito, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos a ideia de proteção dos direitos humanos se universalizou, deu ênfase ao valor da dignidade humana, ultrapassando os perímetros do Estado. O ser humano passou a ser sujeito de direitos, protegido na esfera internacional, e a soberania estatal passou a ser relativizada em prol dessa proteção dos direitos humanos<sup>65</sup>.

Segundo Richard B. Bilder, levando em consideração o papel do direito internacional na eficácia dos direitos humanos:

---

<sup>62</sup> GUERRA, Sidney. **Curso de Direito internacional público**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 49.

<sup>63</sup> Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm) > . Acesso em 21 de abril de 2012.

<sup>64</sup> Antônio Augusto Cançado Trindade *apud* PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Código de direito internacional dos direitos humanos anotado**. São Paulo: DPJ Editora, 2008, p. 8.

<sup>65</sup> PIOVESAN, Flávia. (Coord.). 2008. *op. cit.*, p. 9.

O movimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos é baseado na concepção de que toda nação tem a obrigação de respeitar os direitos humanos de seus cidadãos e de que todas as nações e a comunidade internacional têm o direito e a responsabilidade de protestar, se um Estado não cumprir suas obrigações. O Direito Internacional dos Direitos Humanos consiste em um sistema de normas, procedimentos e instituições internacionais desenvolvidas para implementar esta concepção e promover o respeito dos direitos humanos em todos os países, no âmbito mundial.<sup>66</sup>

A fim de implementar o respeito e a proteção aos direitos humanos em escala global, o Direito Internacional dos Direitos Humanos trouxe consigo um sistema de normas, procedimentos e instituições internacionais. Destes elementos, destacam-se como principais mecanismos de aplicação dos direitos humanos os órgãos internacionais universais, representados pelos órgãos do sistema de proteção aos direitos humanos. Esses órgãos estabeleceram parâmetros de atuação acessíveis aos indivíduos e aos Estados, balizando as ações deste e legitimando aqueles na perquirição de direitos violados.

Os sistemas de proteção internacional dos direitos humanos não põem em xeque a soberania nacional dos Estados, pois trata-se de uma garantia adicional de proteção, de cunho subsidiário, que reconhece aos Estados a tarefa inicial de zelar efetivação dessa proteção. Suplementarmente, no caso de as instituições nacionais se mostrarem falhas, é que o sistema da proteção internacional pode ser invocado.

Os direitos humanos são direitos de proteção com foco no ser humano, não no Estado. No caso do imigrante ilegal, o Estado poderia até deixar de fornecer alguns direitos fundamentais ao indivíduo, contudo, os direitos mais básicos<sup>67</sup>, os indispensáveis ao exercício da dignidade da pessoa humana, esse ente não poderia deixar de ofertar, ainda que contrário a norma interna, pois, se a norma garantidora é inaplicável pelo ordenamento interno, no ordenamento internacional há de ser aplicável. O objetivo é evitar que a pessoa seja reduzida em seu valor intrínseco por não ter meios materiais de viver dignamente. Destarte, os direitos mínimos vitais devem incidir para garantir que a pessoa não se converta em meios para atingir outros fins, protegendo-a do aviltamento de sua subsistência e de sua própria dignidade.

Não convém mais discutir sobre primazia das normas do direito interno ou do internacional, pois atualmente a dignidade da pessoa humana informa a ordem normativa, de modo que o primado é da norma que melhor proteja os direitos humanos.

---

<sup>66</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 32-33.

<sup>67</sup> Cuida-se do mínimo vital, o conjunto de direitos de satisfação das necessidades mínimas do indivíduo, tais como alimentação, como ferramenta para concretizar a dignidade da pessoa humana.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É imprescindível perquirir sobre os limites da soberania de um país para saber até que ponto ela pode se sobrepor e transgredir direitos humanos nos casos de imigração ilegal.

A internacionalização dos Direitos humanos criou um imperativo de proteção desses direitos por parte dos órgãos internacionais e dos Estados. Não obstante, o que se observa é que do choque entre soberania estatal e a proteção internacional dos direitos humanos, tem prevalecido o poder do Estado. Daí a importância da atuação dos sistemas de proteção dos direitos humanos, além da criação de pactos para a eficácia desses direitos.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos ganhou amplitude tamanha que ultrapassa as barreiras Estatais, sobrevivendo, nessa seara específica, uma relativização da soberania, corolário da necessidade de proteção dos direitos humanos. Na verdade, a soberania do Estado não se opõe ao cumprimento dos direitos humanos, mas, sim, o complementa. Logo, em caso de violação de direitos humanos, uma possível intervenção não se traduziria necessariamente em ofensa a soberania estatal, mas um mecanismo para a proteção daquele que passou a ser também sujeito de direitos internacional.

Muitos instrumentos jurídicos internacionais e normas jurídicas internas garantem iguais direitos e tratamento aos nacionais e os estrangeiros, tanto por força de tratados como pelo reconhecimento de que, independentemente da nacionalidade ou de qualquer outro requisito, o ser humano, por sua essência, é digno de proteção dos seus direitos básicos, de modo que nem mesmo a escusa de prevalência da soberania estatal poderia eliminar a necessidade de intervenção para o acautelamento desses direitos.

Por ser intrínseco ao indivíduo, os direitos humanos, devem ser protegidos independentemente da oposição de qualquer Estado, seja como dever moral, seja por força de tratado internacional. O contexto dos direitos humanos internacionalizado permite inferir que a ingerência não pode ser considerada uma afronta à soberania estatal porque o indivíduo é o ponto central em que se fundam todas as relações humanas, e existe como um fim em si mesmo, eixo axiológico dos direitos humanos.

Destarte, no plano internacional, a proteção dos direitos humanos dos imigrantes ilegais não deve ser diferente, tendo em vista o princípio da dignidade da pessoa humana.

Muito comum se ver imigrantes não-documentados, que devido a essa circunstância se veem em um ciclo perene de segregação social, já que não podem trabalhar pois não são “legais”, conseqüentemente não podem melhorar suas condições de vida no novo país em que se situam, acabam tendo mesmo os direitos mais básicos negados, o que

corresponde a uma patente violação de direitos humanos, em relação a qual o Direito Internacional dos Direitos Humanos deve tomar uma postura. O ser humano, existindo como um fim em si mesmo, não pode ser usado como um meio para que o Estado de exima de cumprir suas obrigações internacionais, independentemente da situação jurídica do indivíduo.

Embora haja um núcleo de direitos básicos ao ser humano, a constituir um imperativo jurídico, na contemporaneidade o desafio é encontrar meios de torná-los eficazes, efetivos, promovê-los e garanti-los.

Não se pode conceber violações por parte do Estado aos direitos humanos nem do imigrante clandestino, nem de pessoa alguma. Por conta da importância que a dignidade da pessoa humana ganhou com a internacionalização dos direitos humanos, afronta do Estado aos direitos do indivíduo, seja ou não nacional, é uma afronta a dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana é o valor fundamental dos direitos humanos. O homem deixou de ser elemento secundário do Estado pra ocupar o epicentro dos ordenamentos jurídicos na atualidade. Eis aí a justifica para a relativização da soberania estatal para a defesa da soberania do indivíduo.

## REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Selma Regina. **Direitos humanos na Ordem Mundial**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e constituição :para uma crítica do constitucionalismo**. São Paulo, SP: Quartier Latin, 2008.

BARROS, Miguel Daladier. **Os legados jurídicos, éticos e humanísticos do Tribunal de Nuremberg: 60 anos depois**. Disponível em:< <http://www.lfg.com.br>> . Acesso em: 25 novembro de 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence L./ DE TORRES, Amaya A. Ubeda/ GREENSTEIN, Rosalind R. - **The Inter-American Court of Human Rights: Case-Law and Commentary**, Laurence Burgorgue-Larsen, Amaya Ubeda de Torres. 2011.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, **A Humanização dos Direitos Internacional**, Belo Horizonte, Del Rey, 2006.

\_\_\_\_\_. **El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI**, Editorial Jurídica de Chile, 2001.

\_\_\_\_\_. **Deslocados e a proteção dos migrantes na legislação internacional dos Direitos humanos**. In: Cadernos de Debates Refúgio, Migrações e Cidadania, v.3, n. 3 (2008). Brasília : Instituto Migrações e Direitos humanos. Traduzido para o português por Gabriel Gualano de Godoy.

CARVALHO, A. Dardeau de. **Nacionalidade e Cidadania**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed., rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

GUERRA, Sidney. **Curso de Direito internacional público**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SOUZA. Florisbal de. **Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PEIXOTO, João. **Trafficking, smuggling and irregular immigration: the new contours of Brazilian immigration in Portugal**. *Sociologia*. [online]. Jan. 2007, no.53 [cited 22 November 2011], p.71-90. Available from World Wide Web: <[http://www.scielo.oces.mctes.pt.ez11.periodicos.capes.gov.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0873-65292007000100004&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.oces.mctes.pt.ez11.periodicos.capes.gov.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0873-65292007000100004&lng=en&nrm=iso)>. ISSN 0873-6529.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

**Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants, Advisory Opinion OC-18**, September 17, 2003, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. A) No. 18/03 (2003). Español. Disponível em: [http://www1.umn.edu/humanrts/iachr/series\\_A.html](http://www1.umn.edu/humanrts/iachr/series_A.html).

REZEK, José Francisco. **Direito dos tratados**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

OEA, A. G. resoluções AG/RES.1404/XXVI-O/96 (de 1996) e AG/RES.1480/XXVII-O/97 (de 1997). Disponível em: <http://www.oas.org/consejo/pr/AG/resoluciones%20y%20declaraciones.asp>. Acessado em 16/09/2011.

**Observações Escritas Com Relação À Solicitação De Opinião Consultiva Formulada Pelo Estado Argentino**. Disponível em: <[www.adc-sidh.org/images/files](http://www.adc-sidh.org/images/files)>. Acesso em 11/09/2011.

LUX, Anna Marie. Illegal immigrants live on edge of society, fearing deportation. **GazetteXtra**, Janesville, 13 fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://gazetteextra.com/news/2012/feb/13/illegal-immigrants-live-edge-society-fearing-depor/>>. Acesso em: 16 de fevereiro de 2012.

BHAGWATI, Jagdish N. Treat illegal immigrants decently. **Council on Foreign Relations**, Nova Iorque, 24 de julho de 2007. Disponível em: <<http://www.cfr.org/immigration/treat-illegal-immigrants-decently/p13914>>. Acesso em 16 de fevereiro de 2012.

GUIMARÃES, Mariângela. Imigrantes ilegais também têm direito à saúde. **Radio Nederland Internacional**, Amsterdam, 18 de Agosto de 2011. Disponível em: <<http://www.rnw.nl/portugues/article/imigrantes-ilegais-tamb%C3%A9m-t%C3%AAm-direito-%C3%A0-sa%C3%BAde>>. Acesso em: 15 de abril de 2012.

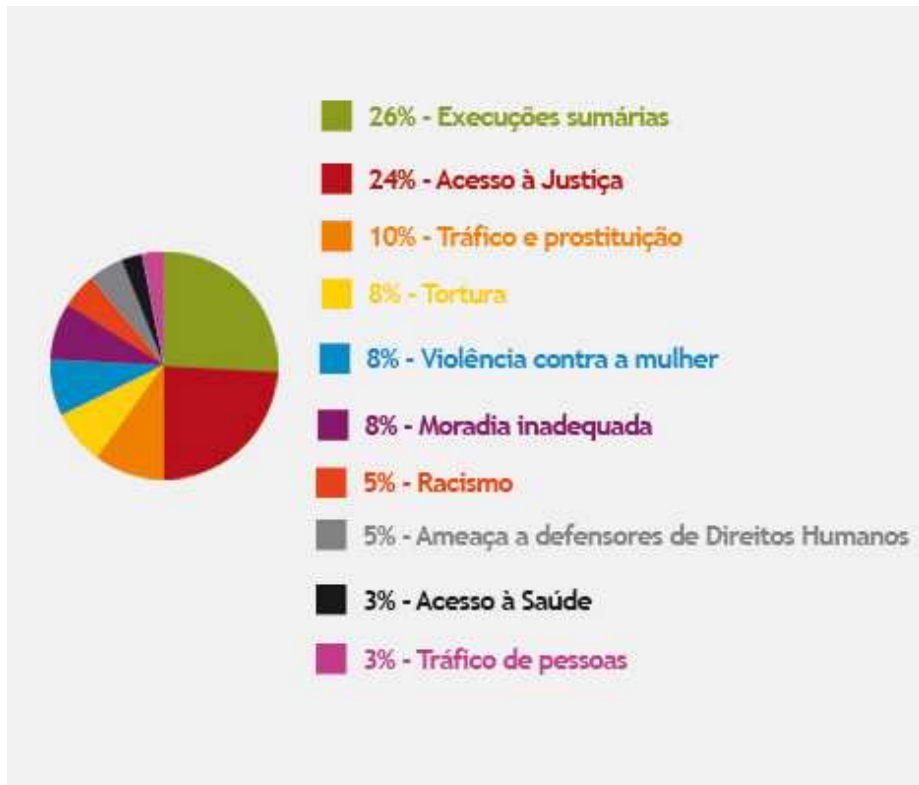
SOUSA, Micael. Imigração ilegal: uma violação da Declaração dos Direitos Humanos. **A Busca Pela Sabedoria**, Leiria, 26 de Agosto de 2010. Disponível em: <<http://abuscapelasabedoria.blogspot.com.br/2010/08/imigracao-ilegal-uma-violacao-da.html>>. Acesso em: 9 de setembro de 2011.

GAJOP envia à Onu 29 casos de violação dos direitos humanos no Estado em 2010. **JC Online**, Recife, 21 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://ne10.uol.com.br/canal/cotidiano/grande-recife/noticia/2011/02/21/gajop-envia-a-onu-29-casos-de-violacao-dos-direitos-humanos-no-estado-em-2010-258243.php>>. Acesso em: 11 junho 2012.

Stabilisation clauses: examples of emerging economy scenarios. **Human Rights and Business Dilemmas Forum**. Disponível em: < <http://human-rights.unglobalcompact.org/dilemmas/stabilisation-clauses/>>. Acesso em: 11 junho 2012.

## ANEXOS

**GRÁFICO 1 - Violações de direitos humanos. Casos mais recorrentes relatados pelo GAJOP, Gabinete de Assessoria Jurídica Popular às Organizações Populares, à ONU, ocorridos no Estado de Pernambuco em 2010.**



Fonte: UOL(2011).

**GRÁFICO 2 – Áreas que oferecem riscos aos direitos humanos em 2012.**



Fonte: Maplecroft (2012).