

**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA**  
**MESTRADO CIENTÍFICO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS**  
**FILOSOFIA E TEORIA DO ESTADO**



**FACULDADE DE DIREITO**  
UNIVERSIDADE DE LISBOA

**HERTA RANI TELES SANTOS**

**O LUGAR DOS DIREITOS HUMANOS: DO NACIONAL AO COSMOPOLITA - À  
PROCURA DA JUSTIÇA GLOBAL?**

**LISBOA**  
**MAIO DE 2016**

**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA**  
**MESTRADO CIENTÍFICO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS**  
**FILOSOFIA E TEORIA DO ESTADO**



**FACULDADE DE DIREITO**  
UNIVERSIDADE DE LISBOA

**HERTA RANI TELES SANTOS**

**O LUGAR DOS DIREITOS HUMANOS: DO NACIONAL AO COSMOPOLITA - À  
PROCURA DA JUSTIÇA GLOBAL?**

Dissertação apresentada ao Conselho Científico da Universidade de Lisboa, sob a orientação do Senhor Professor Doutor Luís Pedro Dias Pereira Coutinho, pela mestranda, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre, no curso de Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Políticas, com especialidade em Filosofia e Teoria do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

**LISBOA**  
**MAIO DE 2016**

**O LUGAR DOS DIREITOS HUMANOS: DO NACIONAL AO COSMOPOLITA - À  
PROCURA DA JUSTIÇA GLOBAL?**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídico-Políticas, área de especialização em Filosofia e Teoria do Estado.

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Professor Doutor Luís Pedro Dias Pereira Coutinho (orientador) - FDUL**

---

**Presidente**

---

**Argüente**

---

**Vogal**

**À família onde nasci e formei meu universo de  
amor e respeito, os meus eternos  
agradecimentos.**

**Ao meu marido, dedicado e responsável  
companheiro, meu muito obrigado por nosso  
amor.**

**À minha mui adorada e maravilhosa filha, ainda  
no sacrário de meu ventre, todos os meus  
fervorosos esforços para que seu mundo seja  
ainda melhor que o meu.**

## RESUMO

Empreende-se, nessa pesquisa, primeiramente, uma retomada das construções iniciais dos direitos humanos, assim como das primeiras elaborações de significações de Estado, buscando examinar as raízes e antecedentes teórico-filosóficos da interdependência entre essas duas instituições, nascidas no âmbito da configuração mundial vestfaliana, marcada essencialmente por uma estrutura de Estados-nação soberanos, autônomos e apartados. Examina-se, ainda, as vicissitudes e nuances da manutenção integral desses vínculos, em sua concepção originária, ainda na arquitetura internacional contemporânea, pós-Segunda Guerra Mundial, hodiernamente pautada por intensas relações de dependência mútua entre Estados e agentes não-estatais, pelos grandes fluxos migratórios populacionais e pela perspectiva da construção de um novo tipo de cidadania, não mais pautada pelo liame de identidade entre povos, mas por uma essência cosmopolita, de modo a permitir a inclusão de todos os indivíduos em um sistema protetivo de seus direitos humanos, ultrapassando as omissões de uma proteção direta estatal. A pesquisa apresenta, outrossim, algumas das propostas teóricas de reconfiguração do ordenamento jurídico internacional, seja a partir de uma cooperação ampla entre Estados, pela tentativa de construção de um 'Estado Mundial' ou até mesmo pela resignificação do modelo de cidadania nacional, para um modelo de cidadania cosmopolita. O objetivo final do trabalho é levantar as críticas à proteção direta dos direitos humanos pelo ente estatal, na configuração internacional contemporânea e apontar eventuais caminhos futuros.

## **ABSTRACT**

This research will do, first, a resumption of the initial constructions of human rights, as well as the first elaborations about the significance of the State, seeking to examine the roots and the theoretical and philosophical background of the interdependence between these two institutions, born in the global Westphalian configuration, essentially marked by a structure of sovereign nation States, independent and separated. It examines also the events and nuances of the integral maintenance of these links, in its original conception, even in contemporary international architecture, post-World War II, in our times marked by intense relations of mutual dependence between States and non-State actors, large migration of population and perspective of building a new type of citizenship, no longer guided by the bond of identity between people, but by a cosmopolitan essence, to allow the inclusion of all individuals in a protective system of human rights, surpassing the omission of a State direct protection. This research shows, moreover, some of the theoretical proposals for reconfiguration of the international legal system, whether from extensive cooperation between States, by trying to build a “world State” or even the reframing of the national citizenship model for a cosmopolitan citizenship model. The final objective of this work is to raise criticism of the direct protection of human rights by the State in contemporary international setting and point out possible future paths.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>10</b>
<b>1. O CONTEXTO POLÍTICO-FILOSÓFICO DA CONSOLIDAÇÃO DA AUTORIDADE DO ESTADO MODERNO E DA CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS</b>	<b>16</b>
1.1. Componentes históricos: a ascensão do Estado como estrutura social em detrimento de outras formas de organização da sociedade	18
1.2. Componentes teórico-filosóficos: a tradição contratualista moderna e a construção do Estado como ente artificial, autônomo e protetor dos indivíduos	27
1.3. A origem multifacetada dos Direitos Humanos e sua recepção teórico-normativa pelas teorias do contrato social	45
1.4. As declarações de direitos do século XVIII: inescapáveis enquadramentos histórico-teóricos	68
<b>2. A ORDEM ESTATOCÊNTRICA E A CONSAGRAÇÃO DO MODELO DE PROTEÇÃO ESSENCIALMENTE ESTATAL DOS DIREITOS HUMANOS - COMPLEXIDADES E LACUNAS</b>	<b>83</b>
2.1. O Estado como construtor e protetor dos direitos humanos	87
2.2. Vácuos normativo-objetivos: a eleição do catálogo de direitos - inevitáveis questionamentos	100
2.3. O lugar da identidade - entre nacionalidade, pertencimento e representação	106
2.3.1. Vácuo de legitimidade-representatividade estatal: nacionalidade enquanto elemento objetivo-estabilizador do Estado	109
2.3.2. Vácuo normativo-subjetivo: nacionalidade como vínculo necessário ao acesso aos bens e direitos essenciais	118
2.4. Vácuos estruturais: o Estado do século XXI e suas insuficiências funcionais	125

<b>3. PERSPECTIVAS DE UMA JUSTIÇA GLOBAL - DIREITOS HUMANOS COSMOPOLITAS?</b>	<b>131</b>
<b>3.1. Antecedentes históricos: o longo caminho para o internacionalismo</b>	<b>131</b>
<b>3.2. O sistema ONU: desafios e fundamentos para uma gestão global da proteção dos direitos humanos</b>	<b>137</b>
<b>3.3. Por um direito supranacional mínimo: a caminho da(s) nova(s) ordem(ns) da responsabilidade plurinacional?</b>	<b>143</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	<b>154</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>158</b>

## INTRODUÇÃO

Partindo dos fundamentos filosófico-históricos que levaram à configuração de uma proteção essencialmente estatal dos direitos humanos, condicionada ao prévio reconhecimento dos direitos e acolhimento dos indivíduos como nacionais pelos Estados-nação, o presente estudo inicia-se com investigações preparatórias e passagens necessárias a uma ponderação sobre a normatividade ocidental proeminente após a Segunda Guerra mundial, na qual prevalece majoritariamente a proteção dos direitos humanos dependente de garantias no âmbito de cada ordem estatal<sup>1</sup>. Avança, ainda, para uma reflexão a respeito de possíveis transformações a caminho de uma proteção primordialmente internacional dos direitos humanos, por meio da consolidação de um tipo de salvaguarda integralmente ‘global-cosmopolita’, possivelmente desvinculada de laços de cidadania estatal dos indivíduos<sup>2</sup>.

Convocando ensinamentos de alguns estudiosos de filosofia, de história do direito, de teoria do Estado, de ciência política, e de teoria dos Direitos Humanos, o estudo aborda as origens conceituais dos direitos humanos, das justificativas teóricas do Estado moderno, bem como busca algumas tentativas de acepções dos direitos individuais, e estuda as teorias contratuais do Estado-nação, com o intuito de centrar-se na ponderação a respeito das razões

---

<sup>1</sup> Observe-se, à propósito, os pressupostos da Declaração Universal dos Direitos Humanos pactuada após a segunda grande guerra, como seu artigo 8º, 13º, 15º, 21º, 22º, dentre outros e os dispositivos normativos nacionais no âmbito de cada Estado, a apontar para uma proteção imediata dos direitos humanos, dependente da atuação estatal frente aos seus cidadãos.

<sup>2</sup> Sob esse aspecto muitos novos estudiosos relembram Kant e sua ‘tripartição kantiana’ como referência a um sistema de direitos humanos a envolver uma ordem internacional, uma ordem interna ou uma terceira ordem composta por um “Estado universal da humanidade”. Nesse ponto, Luís P. Pereira Coutinho recorda que Kant havia feito a distinção entre “*ius civitatis* (respeitante à ‘constituição civil dos homens numa nação’), *ius gentium* (respeitante à ‘constituição formada pelo direito internacional dos Estados nas suas relações entre si’) e *ius cosmopoliticum* (respeitante à ‘constituição formada pelas leis da cidadania mundial’, sendo os homens encarados como ‘cidadãos de um Estado universal da humanidade’).” Essa última perspectiva, inclusive, não partiria de uma ordem subordinada a uma organização supraestatal que prevalecesse sobre as ordens estatais, mas sim de uma arena mundial sem um super-estado. COUTINHO, Luís P. Pereira. **A Realidade Internacional. Introdução à Teoria das Relações Internacionais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp.155 e ss. Quanto à essas últimas duas perspectivas Kantianas, o presente estudo, as abordará com base em alguns autores que as retomam, com algumas especificações, seja acreditando na possibilidade de construção de uma democracia internacional, baseada no reconhecimento de direitos humanos a cidadãos globais como, por exemplo, Habermas ou Zygmunt Bauman, ou supondo o estabelecimento de formas mais globais de atuação, ainda que sem o estabelecimento de um governo mundial, como, por exemplo, Vicente Martinez, Guzmán. Cf. HABERMAS, Jürgen, *A Idéia Kantiana de paz perpétua- à distância histórica de 200 anos*, In: **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002, p.200 e ss. BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. GUZMÁN, Vicente Martinez. *Políticas para la Diversidad: Hospital contra Extranjería*. **Convergência**, set-dez, ano 10, número 33. Disponível em: [www.researchgate.net/publication/26418600\\_Políticas\\_para\\_la\\_Diversidad\\_Hospitalidad\\_contra\\_Extranjería](http://www.researchgate.net/publication/26418600_Políticas_para_la_Diversidad_Hospitalidad_contra_Extranjería). Consultado em 01.03.2014.

que levaram à prevalência da proteção estatal dos direitos humanos, suas lacunas e complexidades, e, ao final, analisar e refletir sobre eventuais perspectivas e caminhos para duas das principais vertentes de proteção dos direitos humanos: a que tem prevalecido no âmbito internacional, baseada na salvaguarda dos direitos humanos dos indivíduos enquanto nacionais de um Estado, e outra defendida por certos estudiosos, com algumas variações, fundada na proteção dos direitos dos indivíduos enquanto cidadãos do palco político mundial, seja essa arena global entendida como uma organização de Estados soberanos ou simplesmente como uma sociedade global.

Pela impossibilidade de esgotar um tema tão amplo no presente trabalho, o estudo opta por principiar seu resgate histórico a partir das construções das racionalidades iniciais justificadoras da formação do Estado moderno e dos discursos inaugurais da proteção dos direitos humanos a ele subjacentes, buscando rememorar algumas das raízes das justificações filosóficas e jurídicas da proteção dos direitos humanos.

Logo após, reflete sobre a solidificação da ideia de subordinação dos direitos humanos a um prévio acolhimento e resguardo estatal, e termina por problematizar eventuais adversidades, restrições ou possíveis garantias protetivas adicionais à salvaguarda dos direitos humanos pelos Estados-nação, assim como algumas das possíveis linhas de transformação dos métodos e das legislações de proteção dos direitos humanos, direcionadas a sanar as complexidades advindas da imprescindibilidade do vínculo indivíduo-Estado, principalmente as direcionadas à afirmação dos direitos humanos na arena internacional independentemente da posição do seu titular como nacional de um Estado, e voltadas à consolidação de uma cidadania global, subordinada ou não à criação de instituições políticas supranacionais para a salvaguarda internacional dos direitos humanos.

A pesquisa parte, assim, do pressuposto comum a alguns filósofos de direito que apontam para a emergência do Estado de direito como momento crucial e, desde então, estritamente vinculado ao surgimento e evolução das primeiras concepções racionais centro-ocidentais de direitos humanos que viriam a ser propagadas e a prevalecer na Europa central do Século XVIII. Tais teóricos asseveram que essas primeiras concepções de direitos humanos, apesar de terem raízes antigas e muitas vezes relacionadas a paradigmas religiosos, metafísicos ou teológicos, estariam inexoravelmente entrelaçadas à própria história do

Estado-nação moderno<sup>3</sup>; mais precisamente à ideia de Estado como uma organização destinada a promover os interesses dos indivíduos, por meio da manutenção de uma situação de paz e de estabilidade e, a partir desse nascimento geminado e dessa conexão umbilical, a concepção dos direitos humanos dificilmente desassociar-se-ia da noção de Estado.

Relatam que, ao tempo em que a concepção de Estado moderno centro-europeu soberano, autônomo e independente, baseado num ‘chefe de Estado’ surgia e consolidava-se, na Europa central, como sistema de organização das coletividades prevalecente sobre outras formas de sociedades, e resultado de um ‘pacto fundacional’ entre indivíduos e soberano, as demandas de suas populações passava a ser marcada pela necessidade de imposição de limites a essa nova espécie de governante e, mais tardiamente, pela exigência do atendimento de outras carências primordiais dos indivíduos albergados por aquele Estado.

Tais reclames alcançariam, desde então, forte expressividade e acolhimento, vindo a tomar diversas feições. Dentre essas facetas, a linguagem do paradigma jurídico, edificada na concepção de “direitos humanos”, passaria a ser uma das mais aclamadas para esses tipos de reivindicações por sua compatibilidade com a linguagem jurídica da entidade estatal, alcançando o posto de instrumento mundialmente reconhecido na luta pela diminuição de arbitrariedades<sup>4</sup>.

Entendidos como oriundos dessa necessidade de se reconciliar a eficácia e a autonomia da organização dos recém criados Estados modernos com a proteção do indivíduo em face desse poder soberano e autônomo, os direitos humanos passaram a se consolidar, destarte, como instrumento de minoração da tensão existente entre a desejada bem-estar da ordem trazida pela organização estatal e as possíveis destemperos advindos desse mesmo ente.

---

<sup>3</sup> “Os direitos do homem emergiram, no século XVIII, durante a luta travada pelas Luzes contra o absolutismo ou arbítrio do poder.” HAARSCHER, Guy. **A filosofia dos direitos do homem**. Lisboa: Instituto Piaget.1993.p.29. No mesmo sentido: TOMUSCHAT, Christian. **Human Rights. Between Idealism and Realism**. New York: Oxford University Press, 2008. 2º Edição, p.8. DONNELLY, Jack. **Universal Human Rights. In Theory and Practice**.New York:Cornell University Press.2013, 3º Edição.p.87.

<sup>4</sup> BEITZ, Charles R. **The Idea of Human Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2009, pp 11 e ss. No mesmo sentido: DONNELLY, Jack. **Universal Human Rights. In Theory and Practice**.New York:Cornell University Press, 2013, 3º Edição.p.87. HAARSCHER, Guy. **A filosofia dos direitos do homem**. Lisboa: Instituto Piaget.1993.p.29. TOMUSCHAT, Christian. **Human Rights. Between Idealism and Realism**. New York: Oxford University Press, 2008. 2º Edição, p.8.

Poder-e-ia afirmar, nesse sentido, inclusive porque as concepções iniciais de direitos humanos foram introduzidas e se fortaleceram no pensamento ocidental num momento em que uma configuração estatocêntrica e anárquica da realidade internacional parecia o caminho ótimo e único para a organização social mundial, que a evolução dos direitos humanos dependeria necessariamente do anterior reconhecimento nacional de sua existência e relevância, pois fora imprescindível que tais direitos fossem admitidos internamente como elementos protegidos por um regramento estatal para só após passarem a ser paulatinamente acolhidos internacionalmente, eis que os primeiros direitos individuais reconhecidos assim o foram por força da atuação dos Estados. Mesmo nos casos em que tratativas envolvendo diversos Estados declarassem um direito, esse somente passaria a ser assegurado após o reconhecimento de cada um dos Estados onde viesse a ser demandado.

Partindo dessa premissa de uma latente interdependência entre as cronologias das evoluções dos direitos humanos e dos Estados modernos, assim como da consequente interconexão entre o reconhecimento do indivíduo como pertencente a um Estado e de sua condição de titular de direitos humanos, alguns pontos passam a ser relevantes para o presente estudo, pois se compreenderia que a história recente dos direitos humanos estaria umbilicamente relacionada à formação dos estados nacionais e, conseqüentemente, concentraria suas origens histórico-teóricas nas racionalidades e justificações envolvidas na construção e legitimação desses Estados modernos. Sendo assim, importante resgatar essas origens conceituais para fins de analisar a essência da aceção dada ao instituto, compreender as lógicas subjacentes à origem dos direitos humanos, bem como sua dependência do reconhecimento pelo Estado moderno e eventuais novas possibilidades para uma proteção internacional dos direitos humanos.

É inegável que ao longo dos séculos essas construções teóricas relacionadas à formação dos Estados modernos e à concepção dos direitos humanos sofreram grandes críticas devido, inclusive, às dificuldades de implementação do ideal de proteção dos seres humanos. Dentre os pontos de tensão entre essas teorias e a sua prática estaria a dificuldade de os Estados consagrarem todos os vindouros direitos humanos em suas normativas internas, e de garantirem a sua proteção plena em suas atuações cotidianas, bem como de acolher plenamente, em seu seio, todas as minorias identitárias; sem mencionar ainda a própria complexidade de se resguardar os direitos de comunidades não recebidas por qualquer

Estado-nação, e ou até mesmo, dessas coletividades reprimidas no âmago de um Estado com o qual não guardariam um vínculo de pertencimento.

As complicações envolvidas numa obrigatória articulação entre o indivíduo e o coletivo para fins de acesso aos seus principais direitos gerariam inafastáveis dilemas e tensões fatais. Seja por oscilar entre crises identitárias, descrenças na estabilidade política de Estados ou fanatismos étnicos ou religiosos, e até mesmo idolatrias a demais particularismos sectários, essa dinâmica indivíduo-nação terminaria por enfrentar, cada vez mais, inescapáveis agonias sociais, gerando tanto ressentimentos e sentimentos controversos, como coletividades sujeitas a um profundo sofrimento e zonas de proteção artificialmente forjadas.

Identitarismos intolerantes, assim como a lógica do ressentimento, as aderências às derivas identitárias, o esfacelamento das paridades nacionais, a impotência da soberania estatal frente aos fluxos da economia globalizada, todos esses fatores viriam a por em questionamento o elo de pertencimento entre indivíduo e Estado, como também a própria capacidade de o Estado-nação efetivamente salvaguardar os direitos de seus nacionais, assim como ocasionariam indagações a respeito da possibilidade de surgimento de um novo tipo de cidadão, não mais nacionalmente protegido, mas sim mundialmente resguardado.

De fato, essa dependência do indivíduo a um vínculo prévio estatal para o alcance de uma proteção efetiva de seus direitos tem sido alvo de muitos embates tanto acadêmicos quanto políticos, gerando sérias controvérsias a respeito da necessidade da manutenção desse laço original de nacionalidade para a conquista da plena titularidade de direitos em seus Estados de origem ou até mesmo para serem recebidos em outros<sup>5</sup> e é precisamente essa uma das problemáticas envolvidas na proteção estatal dos direitos humanos e com a qual esse trabalho pretende contribuir, lançando luzes, ao analisar o debate em torno da possibilidade de uma transformação normativa e conceitual futura para um nível de proteção de direitos não mais dependente do Estado-nação, de modo a analisar possíveis caminhos tanto para uma proteção primordialmente estatal dos direitos humanos mais eficiente quanto para uma

---

<sup>5</sup> Note-se o caso, acompanhado em diversos meios de comunicação, dos migrantes a entrar na Europa central em busca de refúgio, e a resistência dos Estados em recebê-los e abrigá-los, gerando uma situação extremamente delicada a afetar a soberania dos Estados e as relações dos nacionais com as comunidades de estrangeiros refugiados. Os números dos migrantes que se recusam a permanecer em seus Estados de origem, como a Síria e o Afeganistão, por falta de condições e pela situação de guerra, não param de crescer e muitos chegam aos Estados da Europa central sem passaporte ou qualquer meio de comprovação de sua nacionalidade, enquanto isso a Europa encontra-se, ainda, em longos debates, para encontrar uma solução satisfatória que possa permitir o abrigo desses refugiados.

titularização de direitos por cidadãos cosmopolitas, não mais puramente dependentes de uma cidadania estatal.

A intenção é cristalizar o percurso, ainda que não exauriente, desse debate em um trabalho de pesquisa que possa servir de contributo para a ponderação e análise de eventuais dinâmicas normativas passíveis de serem desenvolvidas futuramente no que se refere à proteção dos direitos humanos num mundo cada vez mais globalizado e com maiores fluxos de pessoas, bens e moedas, distante daquele que concebeu as primeiras acepções do Estado-nação e dos direitos humanos.

## 1. O CONTEXTO POLÍTICO-FILOSÓFICO DA CONSOLIDAÇÃO DA AUTORIDADE DO ESTADO MODERNO E DA CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

O percurso de consolidação dos direitos humanos e da autoridade dos Estados-nação como institutos reconhecidos e respeitados mundialmente foi longo e tortuoso, e dependeu de diversos fatores históricos, mas deu-se de forma paralela e interdependente, tanto que a cronologia dos dois institutos terminou por conectar-se em diversos pontos e gerar uma correlação tida por alguns<sup>6</sup>, como umbilical entre eles. Os direitos humanos e o Estado, contudo, passaram a ser tradições usualmente aceitas pela comunidade internacional como elementos estruturantes e imprescindíveis para a organização e o equilíbrio do mundo hodierno<sup>7</sup>.

Nesse aspecto importa sublinhar que haveria uma concepção genericamente partilhada de que embora as origens das acepções de direitos humanos remontassem a culturas clássicas ou a tradições medievais, assim como as acepções iniciais de organizações sociais, a ideia de direitos humanos, tal como compartilhada contemporaneamente, teria irrompido mais marcadamente a partir do século XVII, como componente das teorias contratualistas, ou seja, como instrumento reservado ao equilíbrio da tensão entre a autoridade do soberano estatal e o respeito aos limites de seus súditos, mais precisamente da crescente burguesia, sendo as significações iniciais de direitos e liberdades individuais, portanto, o contrapeso ideal para a ideia de Estado soberano que surgia<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> É comum, entre muitos autores, a afirmação de que os direitos consagrados em instrumentos declaratórios ao longo dos séculos XVIII e XIX teriam sido resultado direto das lutas emancipatórias e liberais da emergente burguesia em face do recente absolutismo estatal que surgia e se solidificava, razão pela qual os dois institutos estariam fortemente relacionados. Cf, por exemplo, HAARSCHER, Guy. **A filosofia dos direitos do homem**. Lisboa: Instituto Piaget.1993.p.29. No mesmo sentido: TOMUSCHAT, Christian. **Human Rights. Between Idealism and Realism**. New York: Oxford University Press, 2008. 2º Edição, p.8. DONNELLY, Jack. **Universal Human Rights. In Theory and Practice**.New York: Cornell University Press.2013, 3º Edição.p.87.

<sup>7</sup> Há várias teorias de justificação político-filosófica da imprescindibilidade da manutenção do instituto dos Direitos Humanos no mundo contemporâneo, dentre elas, por exemplo, a de Ignatieff a compreender os direitos humanos, inclusive, como fator impulsionador necessário e indispensável ao constante progresso moral das sociedades. Cf.IGNATIEFF, Michel. **I. Human Rights as Politics. The Tanner Lectures on Human Values**. Delivered at Princeton University's Center for Human Values. April 4-7, 2000, disponível em: [http://tannerlectures.utah.edu/documents/a-to-z/i/ignatieff\\_01.pdf](http://tannerlectures.utah.edu/documents/a-to-z/i/ignatieff_01.pdf). Consultado em: 03.12.2015. Quanto ao Estado, ainda que sofra muitas críticas, a ideia de estrutura estatal ainda permanece sendo considerada, por vários pensadores, como indispensável ao mundo contemporâneo ainda que para resguardar, por exemplo, as “sociedades de exageros e retrocessos civilizacionais de vulto, desde que se proceda a curas de racionalização e à aplicação de algumas receitas de equilibrado socialismo democrático e liberalismo social.” Cf. CUNHA, Paulo Ferreira da. **Repensar a Política**. Almedina: Coimbra, 2007, p.206.

<sup>8</sup> Cf. TOMUSCHAT, Christian. **Human Rights. Between Idealism and Realism**. New York: Oxford University Press, 2008. 2º Edição, p.7 e ss. e HAARSCHER, Guy. **Filosofia dos direitos do homem**.Lisboa: Instituto Piaget.1993, p.26. Nesse sentido, Fábio Konder Comparado relembra as raízes históricas das primeiras

Sob esse prisma, as incipientes racionalidades filosóficas de Estado moderno e as concepções de direitos humanos contemporaneamente consagradas em diversos instrumentos normativos teriam emergido de forma concomitante e paralela, eis que o modelo de direitos humanos, atualmente em vigor, teria despontado como elemento derivado e subjacente às teorias modernas do estado e, por conseguinte, como componente integrador das teorias do contrato social<sup>9</sup>.

Algumas concepções dos pensadores do contratualismo moderno foram, destarte, inspiradoras e marcantes na elaboração da contemporânea acepção dos direitos humanos, bem como no próprio fundamento político-filosófico da acepção de Estado soberano, assim como na própria consolidação do Estado como instituição usualmente aceito para dar estabilidade e segurança aos indivíduos e proteger seus direitos. Sendo, destarte, decisivas para a fundação de certas tradições e instituições hodiernas, razão pela qual o período histórico do surgimento do estado moderno torna-se elemento relevante no percurso pela compreensão da teoria e prática da soberania do Estado moderno e da origem da proteção fundamentalmente estatal dos direitos humanos do mundo contemporâneo.

Partindo-se dessa premissa, interessa um rápido incurso em alguns dos aspectos político-filosóficos que levaram à construção da ideia de Estado como paradigma de organização social e ente protetor dos direitos humanos, assim como das racionalidades envolvidas nesse processo histórico, não para reconstruí-las por completo, em seus detalhes e pormenores, mas para rememorar algumas das correntes intelectuais que foram consideradas intervenções relevantes à construção das essências das significações hodiernas de Estado e de direitos humanos, a começar pelo período histórico que marcou a emergência do estado moderno europeu.

---

tentativas de utilização dos incipientes ‘direitos do homem’ como instrumento de defesa frente às arbitrariedades da concentração de poder: “Toda a Alta Idade Média foi marcada pelo esfacelamento do poder político e econômico, com a instauração do feudalismo. A partir do Século XI, porém, assiste-se a um movimento de reconstrução da unidade política perdida. Duas cabeças reinantes, o imperador carolíngio e o papa, passaram a disputar asperadamente a hegemonia suprema sobre todo o território europeu. Ao mesmo tempo, os reis, até então considerados nobres de condição mais elevada que os outros (primi inter pares), reivindicaram para as suas coroas poderes e prerrogativas que, até então, pertenciam de direito à nobreza e ao clero. Foi justamente contra os abusos dessa reconcentração de poder que surgiram as primeiras manifestações de rebeldia: na península ibérica com a Declaração das Cortes de Leão de 1188 e, sobretudo, na Inglaterra com a Magna Carta de 1215.” COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pp.57-58.

<sup>9</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkesk. **A teoria Pluriversalista do Direito Internacional**, São Paulo: Martins Fontes, 2011.p.109.

### **1.1. Componentes históricos: a ascensão do Estado como estrutura social em detrimento de outras formas de organização da sociedade.**

Quanto aos antecedentes históricos do Estado moderno e da sua posterior assunção da atribuição de proteger os direitos individuais, três séculos separam a ‘Paz de Vestfália’ da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Foram necessários prolongados embates políticos, como os envolvidos nas Revoluções dos Estados Unidos e da França, para firmar a ideia de Estado-nação, bem como para desenvolver e difundir os ‘direitos naturais’ atribuídos ao ser humano<sup>10</sup> e assegurados pelo Estado. A formação do Estado moderno deu-se, contudo, antes da sedimentação dos vindouros direitos humanos.

Observe-se, todavia, que a consolidação dos Estados modernos foi demorada, embora tenha sido favorecida por vários processos paralelos de enfraquecimento de outras instituições sociais. Ressalte-se que “só a partir da Idade Moderna é que as sociedades assistiram à criação deste tipo de estrutura com um força centralizada e autônoma”<sup>11</sup>. Percebe-se, nesse aspecto, que o longo antagonismo que antecedeu a Paz de Vestfália, marcadamente entre Império e Papado, terminou por impulsionar a afirmação dos monarcas nacionais em relação às outras formas de autoridade com as quais conviviam. Poder-se-ia asseverar que a crise religiosa e a fragmentação do poder político imperial culminariam em reformas, as quais terminaram por beneficiar sobremaneira a formação dos Estados governados, à princípio, por monarcas.

Note-se, por oportuno, que antes da Paz de Vestfália, vigia na Europa Central o sistema feudal, estrutura na qual o poder fragmentava-se em vários governantes distintos, os quais possuíam entre si uma forte relação de lealdade, mas que estavam sujeitos à ingerência do império e da igreja. Essa última, por seu turno, ainda exerceu, durante vários séculos, o monopólio quase integral da educação, o que a tornava praticamente indispensável a qualquer governante<sup>12</sup>.

A figura principal da igreja eram os papas, os quais, desde os idos de 440, vinham atribuindo-se a suprema jurisdição sobre toda a cristandade, com fundamento no que alguns

---

<sup>10</sup> DONNELLY, Jack. **Universal Human Rights. In Theory and Practice.** New York: Cornell University Press, 2013, 3ª Edição. p.88.

<sup>11</sup> CUNHA, Paulo Ferreira da. **Repensar a Política.** Almedina: Coimbra, 2007, p.204.

<sup>12</sup> CREVELD, Martin Van. **A Ascensão e o declínio do Estado.** São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.83.

historiadores afirmam considerar o princípio da ideia de soberania, a *plenitudo potestatis*, reivindicando o reconhecimento do poder papal de conduzir as decisões dos governantes e de orientar os assuntos civis, de forma plena e ilimitada, inclusive por meio da extinção de costumes e de leis civis, em razão de sua missão sagrada voltada à proteção da humanidade<sup>13</sup>.

A pretensão papal, todavia, ia de encontro às reivindicações apresentadas por certos imperadores que se seguiram ao longo da história da Europa Central. Esses tomavam para si a organização da sociedade, o controle militar, o monopólio da taxaço e ainda o direcionamento da igreja e de sua doutrina, exigindo, em alguns casos, uma eventual submissão do papa ao Império.

O conflito entre Império e Papado, paulatinamente perdeu o seu vigor, dentre outros motivos porque a igreja apesar de se configurar como uma instituição universal, fracionava de forma local seu poder, entre bispados, igrejas, mosteiros, cada qual com suas propriedades, privilégios e imunidades, e ao longo dos anos, invariavelmente, foi dissipando sua independência financeira e suas propriedades passaram a ser sujeitas à tributação real<sup>14</sup>.

A criação de instituições, a mobilização dos recursos econômicos para a concentração de poder civil e militar, o combate às cidades e à redução dessas à impotência política foram algumas das etapas pelas quais passaram os monarcas para superar, por fim, a igreja, o império, a nobreza e as comunidades urbanas na forma de organização da sociedade<sup>15</sup>. Ademais, as teorias filosóficas do contrato social também colaboraram para o combate do liberalismo às tradições feudais, pois, com a ideia de um pacto fundamental feito no ‘estado de natureza’, forneceram princípios que serviriam como marco referencial da legitimidade política.

Relembre-se, à propósito, que, na Idade Média, a concentração de poderes nos reis ainda era complexa porque a cobrança de impostos, assim como a gestão da justiça ou a administração de um exército, dentre outros fatores, ainda não podiam ser concentrados exclusivamente em poder dos monarcas, tendo em vista que esses dependiam, inclusive, de senhores feudais, dos administradores regionais, entre outros.

---

<sup>13</sup> BARROS, Alberto Ribeiro Gonçalves. **O Conceito de Soberania na Filosofia Moderna**. São Paulo: Editora Barcarolla, 2013. p.21 e ss.

<sup>14</sup> CREVELD, Martin Van. **A Ascensão e o declínio do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p.92 e ss.

<sup>15</sup> CREVELD, Martin Van. **A Ascensão e o declínio do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p.166 e ss.

Bem de ver, com o fim da Guerra dos Trinta Anos (1618-1648), a partir da Paz de Vestfália, em 1648, esse momento histórico passou a ser considerado como o ‘marco’ do reconhecido êxito dos monarcas sobre o Império e sobre a Igreja. Como consequência desse episódio, as percepções de feudos, reinos e principados deixariam de ser utilizadas e consolidar-se-ia, aos poucos, a ainda incipiente concepção laica de ‘Estado-nação’<sup>16</sup>.

É certo que o Estado, na forma de entidade abstrata, como um ‘ente’ separado da pessoa do governante, contudo, ainda não era conhecido naquele momento, mas, pela primeira vez, ao contrário do costume anterior, não se cuidou em referir-se a Deus nos tratados<sup>17</sup>, ao revés, estes buscaram ressaltar uma política de tolerância, a qual passou a pautar muitas ações de alguns monarcas. Avançava-se, pois, na contenda em face da universalidade da Igreja e do Império, entidades políticas antes superiores ao Estado soberano que terminaram por serem substituídas por este<sup>18</sup>.

Abandonar-se-ia, por fim, a começar pela Europa Central, a organização política medieval feudal, marcada pelo fracionamento do poder público em diversas instituições autônomas e interdependentes, e fundada na autoridade das figuras do Papa e do Imperador e passar-se-ia a seguir uma estrutura mais centralizadora, baseada numa autoridade política-jurídica territorial<sup>19</sup>.

Esse momento histórico marcou também o Direito Internacional, eis que deu início a uma estrutura política diferenciada, regida por uma disciplina eminentemente jurídica e definida por regras estabelecidas *a priori*. A partir de então, o ordenamento jurídico internacional passou a fundar-se essencialmente em regras primárias, definidoras de direitos e obrigações, deixando-se as normas secundárias (responsáveis pelo funcionamento do poder

---

<sup>16</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkesk em seu livro **A teoria Pluriversalista do Direito Internacional**, São Paulo: Martins Fontes, 2011, p.83.

<sup>17</sup> Para mais, CREVELD, Martin Van. **A Ascensão e o declínio do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.122.

<sup>18</sup> Sobre esse marco histórico, alguns estudiosos são unânimes, a exemplo de Anderson Vichinkesk Teixeira: “Mesmo que naquele momento não tenham surgido mudanças significativas na configuração geopolítica da Europa, o reconhecimento da existência de Estados protestantes por parte da comunidade internacional significou a laicização das relações internacionais e o fim da vinculação do conceito de soberania à crenças teológicas medievais.” TEIXEIRA, Anderson Vichinkesk. **A teoria Pluriversalista do Direito Internacional**, São Paulo: Martins Fontes, 2011, p.83.

<sup>19</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkesk. **A teoria Pluriversalista do Direito Internacional**, São Paulo: Martins Fontes, 2011, p.83

público e pelo direcionamento interno das regras primárias) ao poder dos Estados<sup>20</sup>. Tal desenho estrutural político-jurídico, fulcrado principalmente numa regulação jurídica concentrada em uma autoridade política territorial-estatal, passou a servir de referência, desde então.

A nova estrutura do ordenamento jurídico, principalmente em seu momento pós Paz de Vestfália, apresentara como fundamento a igualdade jurídica entre os Estados, assim como a autonomia interna de cada um para determinar seu sistema de governo, sua forma de Estado, bem como seu regime político, sem a possibilidade de ingerências do direito internacional nas instituições estatais ou no tratamento dado aos seus cidadãos<sup>21</sup>.

A autoridade interna dos Estados passaria a ser garantida pela noção de soberania, pela percepção de que o Estado deveria ser independente de qualquer outra unidade política ou até mesmo do poder religioso. Nesse ponto, Carré de Malberg atentou, por exemplo, para o fato de que haveria uma dúplice feição da soberania a classificá-la como interna ou externa. A interna guardaria correspondência com a relação do Estado e os indivíduos que encontrar-se-iam em seu território e poderiam ser considerados como parte de seu corpo social, já a externa, com as relações que os Estados mantêm entre si<sup>22</sup>.

Nesse processo histórico de transmutação da organização política, poder-se-ia apontar como as primeiras unidades políticas a serem reconhecidas como Estados, a caminho da nova concepção do Estado como 'ente' independente, a França (segundo Jean Bodin, a única comunidade passível de ser entendida como 'Estado' à época da escrita dos seus seis livros da República), a Espanha, Portugal, Inglaterra, os países que compunham o Sacro Império Romano, a Escandinávia, e a Holanda. A bem da verdade, durante o seu primeiro século de existência, as sociedades reconhecidas como Estados correspondiam a cerca de 3% da superfície terrestre<sup>23</sup>.

A propagação da forma de organização estatal desde a Europa Ocidental para os outros continentes, deu-se de forma paulatina e de distintas maneiras a depender da região e

---

<sup>20</sup> Cf. Hebert L.A.Hart, **The concept of Law**, Oxford: Oxford University Press, 1997, p. 214.

<sup>21</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkesk em seu livro **A teoria Pluriversalista do Direito Internacional**, São Paulo: Martins Fontes, 2011.p.84.

<sup>22</sup> MALBERG, Carré, *Contribution a la théorie générale de l'État*, Paris: Sirey, 1920, t.1,p.7.

<sup>23</sup> CREVELD, Martin Van. **A Ascensão e o declínio do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.377.

do período, terminando por prevalecer sobre outros tipos de sociedades organizadas. Tal processo de expansão da estrutura estatal, todavia, foi longo, complexo e inconstante. Levou-se um bom tempo para a instituição estatal solidificar-se como forma prevalecente de organização social ao longo do globo terrestre.

Inicialmente divulgadas na Europa central, as primeiras recepções externas das ideias de um Estado de direito, concebido como autônomo e independente, ocorreram no leste europeu e na América Latina<sup>24</sup>. A crescente expansão do formato de controle estatal sobre a sociedade, todavia, deve-se, em grande parte, à obtenção de meios financeiros para sustentá-lo, seja pelo aumento dos impostos e da concentração da arrecadação<sup>25</sup> ou, mais tarde, pelo patrocínio estatal sobre setores antes independentes da interferência direta governamental, como educação, saúde, esportes, entre outros<sup>26</sup>.

A divulgação e paulatina aceitação das justificações teórico-filosóficas do Estado moderno também contribuíram sobremaneira para o crescente processo de expansão da estrutura estatal. Foram várias as análises histórico-filosóficas que progressivamente racionalizaram os diversos tipos de governo pensados e instituídos pelos distintos povos da humanidade, mas as racionalidades subjacentes à tradição contratualista moderna poderiam ser consideradas como as decisivas para a estabilização das concepções de Estado que vieram a prevalecer nos próximos séculos.

O Estado teria sido idealizado inicialmente, contudo, como mero instrumento para imposição da lei e da ordem, sem exigência de qualquer relação de estima ou admiração de seus súditos, aos quais caberia unicamente o cumprimento das leis advindas de suas instituições e assim manteve-se durante os séculos XVII e XVIII.

Ao longo de seu processo evolucionário, o Estado, todavia, deparou com algumas percepções que até então haviam evoluído de forma independente e algumas vezes contrárias à própria ideia de Estado. Dentre essas estaria a ideia de nacionalismo, a qual veio, posteriormente, a completar o vácuo ético-teórico de sua concepção<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> CREVELD, Martin Van. **A Ascensão e o declínio do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.476.

<sup>25</sup> *Idem*, p.319 e ss.

<sup>26</sup> *Idem*, p.271.

<sup>27</sup> “Conforme concebido por Rousseau, Herder e outros, o nacionalismo - caso seja essa a palavra apropriada - era uma preferência inofensiva pelo país natal, por sua língua, seus costumes, seus trajes e suas festividades;

Importaria ressaltar, nesse ponto, que, embora as percepções iniciais de Estado não se vinculassem a qualquer conexão afetiva entre o ente de comando e seus súditos, não se pode deixar de mencionar que a emergência da política moderna coincide com o reconhecimento da ideia de soberania estatal<sup>28</sup>.

Oriunda das percepções de alguns intelectuais e, logo após, apropriada pela academia, a ideia de nacionalismo não teria expandido-se tanto se não tivesse sido adaptada ao movimento de massa<sup>29</sup>. Tome-se, por exemplo, a França. Oitenta províncias, com suas próprias leis, costumes e tradições políticas, dividiam o Estado. Nem toda a população dominava o francês, e eventuais conexões afetivas que pudessem existir eram mais locais. Após algumas reformas dos governantes, contudo, principalmente entre 1789 e 1815<sup>30</sup>, passou a ser considerada por alguns doutrinadores como o primeiro Estado a deliberadamente mobilizar as massas para seus próprios fins.

Diferentemente da França, país no qual a causa nacionalista logrou vincular-se, posteriormente, ao Estado, em muitos outros, todavia, a ideia de nação e a identidade do Estado distanciavam-se. Entre 1815 e 1860, em considerável parte da Europa central, era mais prudente para os governantes temer o espírito nacionalista popular do que incitá-lo, razão pela qual o processo de ‘nacionalização’ do Estado fora diverso em vários Estados, e em alguns deles dependeu de uma apropriação do Estado da educação, bem como das reuniões, festividades, tradições, músicas, esportes e cultura populares, as quais, inclusive, posteriormente passariam a ser consideradas como formas de expressão e exaltação do ‘patrimônio nacional’<sup>31</sup>.

---

depois de adotado pelo Estado, tornou-se agressivo e belicoso. Digerindo as mercadorias espirituais roubadas, o Estado transformou-se de meio em fim e de fim em deus.” CREVELD, Martin Van. **A Ascensão e o declínio do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.371.

<sup>28</sup> GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.11 e ss.

<sup>29</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkesk em seu livro **A teoria Pluriversalista do Direito Internacional**, São Paulo: Martins Fontes, 2011.p.80 e ss.

<sup>30</sup> “Eliminaram as antigas divisões administrativas e criaram uma burocracia centralizada com estrutura uniforme e repartições em todo o país. Também criaram um serviço militar geral para todos os carões dos 19 aos 26 anos de idade; um código legal abrangente, com autoridade sobre todos os franceses, independentemente de classe social, credo ou província de residência; e um novo sistema educacional secundário e superior dirigido pelo Estado e que, em muitos aspectos, não tinha precedentes na história”. Ainda foram estimuladas as realizações de diversas festas populares aptas a substituir os antigos festejos religiosos e criou-se um estilo arquitetônico especial que deixaria sua marca em todo o território francês. CREVELD, Martin Van. **A Ascensão e o declínio do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.28 e ss.

<sup>31</sup> CREVELD, Martin Van. **A Ascensão e o declínio do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.285 e ss.

A propagação do Estado, como forma de governo, era, apesar de alguns retrocessos e avanços, crescente àquela época, na Europa central. Não se podia, todavia, afirmar, naquele momento, que o Estado seria a forma de governo preponderante. A *respublica christiana* principiava seu declínio, enquanto os reis começavam a se afirmar, mas as percepções teocráticas e estatais ainda se encontravam muito indistintas.

A desvinculação da concepção de Estado das justificativas teológicas, e sua associação ao conceito de nação fortaleceu esse formato de ordenação da sociedade, deu significado científico-político à concepção emergente, e possibilitou que essa estrutura organizacional sobressaísse sobre outras formas de organização que subsistiam naquele momento. O Estado moderno europeu diferenciou-se, assim, sobre as outras conformações organizacionais existentes e a construção de sua nova percepção propiciou a introdução da ideia de soberania como princípio a fundamentar a concentração das atribuições do poder público em um único agente<sup>32</sup>.

A preponderância da estrutura estatal como organização social hegemônica no contexto oitocentista foi, todavia, resultado de muitas variantes. No campo teórico, foi fruto da aceitação das teorias contratualistas; no campo político, da declaração da Paz de Vestfália, no campo histórico, do processo de concentração no poder soberano da infra-estrutura, do uso da violência, da burocracia e da produção científica; no campo econômico, da ampliação do controle estatal sobre a sociedade, por meio do alcance do monopólio da emissão e do controle da moeda, e no campo filosófico-jurídico, da solidificação do emprego do paradigma jurídico à estrutura estatal<sup>33</sup>.

A Paz de Vestfália e a divulgação das justificativas contratualistas para a centralização territorial do poder político proporcionaram uma liberdade e autonomia ao Estado moderno capaz de reestruturar tanto as relações internas dos soberanos com os seus súditos quanto as relações internacionais entre Estados. Fortalecida e legitimada, a estrutura do Estado moderno passou a prevalecer na Europa e depois expandiu-se para além do Oceano Atlântico e outras partes do globo terrestre.

---

<sup>32</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkesk. **A teoria Pluriversalista do Direito Internacional**, São Paulo: Martins Fontes, 2011.p.71.

<sup>33</sup> Cfr.CREVELD, Martin Van. **A Ascensão e o declínio do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004

Durante esse processo de expansão e robustecimento da figura estatal, todavia, muitas comunidades tradicionais, assim como alguns agrupamentos de indivíduos passariam a enfrentar algumas tendências arbitrárias advindas do novel poder soberano estatal. Poder-se-ia perceber, assim, que essas mutações no sistema de poder poderiam vir a gerar várias vicissitudes e problemas que o reconhecimento dos direitos individuais destinar-se-ia a solucionar, num futuro próximo.

Foi nesse ambiente de expansão comercial entre os Estados e robustecimento do poder central estatal, mais precisamente em torno da metade do Século XVII, momento no qual despontaram as primeiras acepções contratualistas e foi declarada a Paz de Vestfália, que a necessidade de proteção dos indivíduos foi incorporada às concepções dos teóricos do contrato social.

Todas essas conjunturas política, histórica e científica foram variantes que contribuíram para dar origem às intuições político-jurídico que viriam a servir de referência posteriormente. Esse processo de modificação da estrutura organizacional para o formato baseado na autoridade estatal também interferiria na conjuntura política internacional, já que, paulatinamente, a organização medieval seria substituída pelo modelo vestfaliano, baseado em unidades territoriais soberanas com autonomia, igualdade de autoridade reconhecida e possibilidade de relacionar-se de forma independente com outras autoridades estatais também no âmbito externo<sup>34</sup>.

A partir desas mutações estruturais, as autoridades estatais locais e seus cidadãos passariam a não mais sofrer interferência direta internacional, eis que a igualdade jurídica entre estados e a autonomia interna deles passaria a ser princípio elementar das relações internacionais. O modelo vestfaliano assume, portanto, como fundamento essencial, a não intervenção exterior nos assuntos internos de cada estado e desde então tem sido usado como justificação para a proteção da autonomia integral da autoridade estatal sobre o seu território<sup>35</sup> e, ainda, como fundamento para a não repreensão de Estados que não protejam ou até mesmo

---

<sup>34</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkesk. **A teoria Pluriversalista do Direito Internacional**, São Paulo: Martins Fontes, 2011.p.85 e ss.

<sup>35</sup> *Idem*,p.87 e ss.

violem os direitos humanos de seus nacionais, o que tem sido, inclusive, alvo de muitas críticas por estudiosos dos direitos humanos<sup>36</sup>.

Inegavelmente, portanto, a paz de Vestfália, em conjunto com as teorias do contrato social, surgidas naquele momento, deixaria marcos históricos relevantes na estrutura organizativa da sociedade mundial: a consolidação da autonomia da autoridade estatal e a criação de um ambiente favorável à prevalência da ordem jurídica tanto em relação a Estados, como no tocante a relações internacionais e no que se relaciona ao próprio respeito do Estado moderno ao indivíduo enquanto ser livre e digno<sup>37</sup>.

Nesse ponto, abstraído-se os demais elementos que robusteceram o estado e possibilitaram sua ascensão à categoria de unidade organizacional imprescindível à estruturação da coletividade mundial e à proteção dos direitos humanos, como, nomeadamente, a construção da burocracia, a criação da infra-estrutura necessária, a centralização da economia e das organizações armadas, a diminuição da força política dos impérios, feudos, da nobreza e do papado, e demais variantes históricas que culminariam no triunfo das monarquias e repúblicas sobre outras estruturas sociais e na assunção da função de principal protetor dos direitos e das garantias individuais de seus cidadãos; interessa também lembrar algumas das racionalidades filosófico-teóricas que interferiram nesse percurso de libertação do estado de suas amarras e de interferências externas e colaboraram na justificação da criação do Estado como ente supostamente independente, autônomo, necessário, aconselhável à humanidade e imprescindível para a proteção dos direitos individuais.

---

<sup>36</sup> IGNATIEFF, Michel. *I. Human Rights as Politics. The Tanner Lectures on Human Values*. Delivered at Princeton University's Center for Human Values. April 4–7, 2000, disponível em: [http://tannerlectures.utah.edu/documents/a-to-z/i/ignatieff\\_01.pdf](http://tannerlectures.utah.edu/documents/a-to-z/i/ignatieff_01.pdf). Consultado em: 03.12.2015.

<sup>37</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkesk. *A teoria Pluriversalista do Direito Internacional*, São Paulo: Martins Fontes, 2011.p.87 e ss.

## 1.2. Componentes teórico-filosóficos: a tradição contratualista moderna e a construção do Estado como ente artificial, autônomo e protetor dos indivíduos

As justificações teórico-filosóficas do Estado moderno, juntamente com outros aspectos históricos e fáticos, ampararam o fortalecimento e consolidação do Estado como ente soberano, independente e, considerado por muitos, como legítimamente apto a substituir outras formas de organização social e a propiciar aos indivíduos segurança e estabilidade.

Ressalte-se, contudo, que a elaboração das teorias e racionalidades relativas ao Estado e às diversas justificativas da independência dos soberanos diante dos demais poderes com os quais ele concorria - Igreja, Império, por exemplo - foi um processo longo e disperso, mas simultâneo e interdependente à construção das acepções atinentes à própria liberdade do indivíduo comum<sup>38</sup> e, portanto, imprescindíveis à construção e solidificação das vindouras significações de direitos humanos, razão de sua relevância para a compreensão e análise da edificação dos direitos humanos.

Destaque-se, por oportuno, que tanto as primeiras concepções de direitos humanos, como as de Estado moderno tiveram raízes em estudos metafísicos e teológicos e, em que pese as tentativas das teorias contratuais de afastar-se, por completo, de pressuposições teológico-metafísicas-culturais, parte das doutrinas contratuais não lograria alcançar plenamente essa ruptura e apresentaria, por conseguinte, constituintes proeminentes do direito natural e da lei natural, ao suporem a existência de regramentos obrigatórios fundados na razão humana e dirigidos a todos os indivíduos, ainda que no estado de natureza. Algumas dessas acepções de direitos 'pré-políticos' e 'pré-procedimentais' teriam, inclusive, perdurado e ganhado relevância ao longo dos anos<sup>39</sup>, como os embriões das vindouras teorias de direitos humanos.

Nesse aspecto, foram de considerável benesse ao fortalecimento e posterior preponderância do Estado e dos conceitos jurídicos que lhe são correlatos, os contributos das proposições teóricas de várias vozes como a de Maquiavel, no século XVI, depois a de Bodin, assim como, posteriormente, no século XVII, a de Hobbes, Locke e Rousseau e a

---

<sup>38</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkesk. **A teoria Pluriversalista do Direito Internacional**, São Paulo: Martins Fontes, 2011, p 109.

<sup>39</sup> NUSSBAUM, Martha C. **Fronteiras de Justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie**. São Paulo: Martins Fontes. Tradução Susana de Castro, 2013, p.47 e ss.

considerável tradição contratualista moderna. As propostas conceituais surgidas, naquela época, a respeito da figura do contrato social colaboraram essencialmente para que a recente noção de soberania viesse a assumir uma vinculação valiosa com a também palpitante ideia de nação<sup>40</sup>.

Afirmar-se-ia que apenas a partir das racionalidades surgidas no pensamento político dos séculos XV e XVI teria sido possível se conceber o Estado num sentido político-jurídico, afastado de suas justificações metafísicas, que legitimavam o poder atribuído, por exemplo, à Igreja Católica como última instância política no continente europeu, durante a Idade Média. Uma das grandes contribuições das novas percepções de contratualismo político foi, assim, construir o substrato filosófico da novel noção de soberania nacional, fundada no conceito de nação, e desse modo colaborar para a consolidação da ideia de soberania nacional ao longo dos séculos XVIII e XIX<sup>41</sup>.

Surgia a ideia de um ente político-jurídico estável, um modelo de organização sociopolítica alheio às interpéries da igreja ou do império e às inconstâncias de contingências externas. Sólido o suficiente para organizar, manter a paz e proteger os indivíduos, em uma sociedade tentende a vicissitudes e desordens.

A antiga identificação entre dirigente e governo, assim como a vinculação entre o cargo de governante e os deuses da religião praticada foram aos poucos sendo substituídas integralmente por concepções político-filosóficas. Paulatinamente, a teoria política deixou de ser uma ramificação da teologia, e as comunidades passaram a fazer distinções mais claras entre a figura do governante e seu governo. Afatou-se, assim, a ideia de governo como parte da ‘obra criada pelo Senhor’, bem como da completa identidade entre vida pessoal do regente e sua função política, como também a concepção de exércitos, dinheiro, províncias e princesas como bens pertencentes aos governantes<sup>42</sup>.

Esse processo de reconhecimento de uma ordem sociopolítica independente da ordem eclesiástica durou séculos, assim como o próprio processo de desvinculação das ideias

---

<sup>40</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkesk em seu livro **A teoria Pluriversalista do Direito Internacional**, São Paulo: Martins Fontes, 2011.p.84.

<sup>41</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkesk. **A teoria Pluriversalista do Direito Internacional**, São Paulo: Martins Fontes, 2011.p.88 e ss.

<sup>42</sup> CREVELD, Martin Van. **A Ascensão e o declínio do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004,p.240 e ss.

de liberdades individuais e de proteção dos indivíduos de suas raízes cristãs, judaicas, cosmológicas ou metafísicas. O desenvolvimento da ‘racionalização’ dessas concepções, portanto, acabou por passar por processos semelhantes e paralelos, do que se percebe seus antecedentes análogos.

Nos idos de 1324, por exemplo, Marsílio de Pádua publicava o *Defensor Pacis*, condenando qualquer hegemonia do poder eclesiástico sobre a sociedade civil e defendendo a autoridade de um poder essencialmente leigo em face de qualquer comando de origem teocrática<sup>43</sup>. O paduano Marsílio, utilizando-se das ideias de “A política” de Aristóteles, ainda denunciava as avidezes desproporcionais do Papado e delatava os excessos do sacerdócio cristão, sustentando a necessidade de se desconcentrar o poder da teocracia romana, reconhecendo, por fim, a *plenitudo potestatis* ao rei e não ao papa.

Para a racionalização das formas de governo e de organização social, foram, paulatinamente, sucedidas as teorias teológicas, por outras, a começar pelos ‘manuais para príncipes’, como “A Educação do príncipe cristão”, escrita, 1517, por Erasmo enquanto encontrava-se a tutelar e ensinar o futuro Carlos V, ou “O Príncipe” de Maquiavel, o qual apesar de afastar a ideia de ‘mandato celestial’, estabelecendo uma cisão total entre os fundamentos metafísicos transcendentais e o governo ‘terreno’, ainda era incapaz de separar a vida privada do príncipe de sua função política<sup>44</sup>.

Apesar de ultrapassar a justificação teológica dos mandatos dos governantes, desassociando o regente da tradição teológico-política, e vinculando-o não a fundamentos religiosos, mas à própria ‘virtude’ do ‘príncipe’, conduzindo, assim ao fim de uma visão “metafísica” e ao início de uma possível ciência política<sup>45</sup>; tais ‘manuais’ terminavam por explicitar métodos de governação do Estado de educação dos futuros regentes, mas inevitavelmente fundiam a vida privada do governante e sua tarefa de conduzir seus administrados.

---

<sup>43</sup> GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.8 e ss.

<sup>44</sup> CREVELD, Martin Van. **A Ascensão e o declínio do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.246 e ss.

<sup>45</sup> GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.16 e ss.

Foram necessários muitos séculos para que se trilhasse o caminho da concepção do Estado moderno alicerçado na ideia de ‘soberania’. Nesse ponto, Jean Bodin (1553-1596) teria sido reconhecido como primeiro pensador a afastar, por completo, as tradições anteriores. Talvez por sua formação jurídica, não se preocupou em investigar a relação de Deus com o governante ou o modo como os príncipes deveriam ser educados, ao revés, concentrou seus estudos em um novel fundamento não-religioso, mais precisamente focando-se na ‘República’, refutando a identidade entre o governo e os assuntos privados do regente, separando explicitamente as percepções de governo no interior de um lar e o poder político exercido na sociedade, e defendendo a concepção incipiente pré-existente de *res publica* como comunidade de indivíduos regidos essencialmente pela lei.

Observando as tensões existentes entre os reis franceses, o Papa, os Católicos e Protestantes, Jean Bodin posicionou-se no sentido de defender um direito indubitável dos Reis da França à soberania. Soberania essa que não poderia ser contestada por nenhuma comunidade religiosa, ainda que sob o fundamento de verdades inquestionáveis, ou por nenhum poder externo, mesmo que uma autoridade secular como o Império<sup>46</sup>.

Bodin, além de dessacralizar o governo, afastando-o da república cristã, bem como da sujeição do império, ainda desembaraça-se da percepção de Maquiavel de que a força e audácia seriam os elementos caracterizadores do regente, associando a concepção do Estado ao direito das leis dos homens<sup>47</sup>. Sua formação como jurista o leva a distanciar-se algo da ideia do direito apenas como um instituto pré-existente e o aproxima da percepção do direito também como algo concebido pelo regente, o qual ainda teria o poder de emitir moedas, de impor leis a todos os indivíduos, assim como de ser a última instância recursal<sup>48</sup>.

A acepção de um comando supremo, absoluto, perpétuo e desvinculado de subordinações, identificado como ‘soberania’- termo que não inventou, mas que popularizou - como fator de organização das unidades estatais, foi o componente de maior interesse na obra

---

<sup>46</sup> TOMUSCHAT, Christian. **Human Rights. Between Idealism and Realism**. New York: Oxford University Press, 2008. 2º Edição, p.11 e ss.

<sup>47</sup> CREVELD, Martin Van. **A Ascensão e o declínio do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.250 e ss.

<sup>48</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkesk em seu livro **A teoria Pluriversalista do Direito Internacional**, São Paulo: Martins Fontes, 2011, p.80 e ss.

política de Jean Bodin, além de ser um dos elementos definidores do Estado na sua acepção moderna<sup>49</sup>.

Segundo sua proposta, a soberania deve ser uma, indivisível e perpétua aglutinando num mesmo representante o comando sobre a produção de legislação, a direção das punições aos indivíduos que desobedecessem às leis, assim como a direção da moeda do país, só assim seria possível ao regente criar ordem no caos<sup>50</sup>.

Para ele o primeiro e mais importante direito do detentor da soberania é a prerrogativa de legislar, corrigir ou até mesmo interpretar a lei, e esse direito abrangeria os demais, quais sejam os de declarar a guerra e paz, o de cobrar impostos e taxas, o de decidir o valor das moedas, assim como o de conceder prerrogativas e imunidades. Prerrogativas essas inalienáveis<sup>51</sup>.

Bodin difundiu conceitos capazes de transformar profundamente o léxico político, apresentando a soberania como elemento peculiar da organização política, e pilar da estrutura da república, apta a unir indivíduos e instituições, essência, portanto, da associação política<sup>52</sup>.

À percepção de uma sociedade com múltiplos controles, passível de ser submetida ao poder compartilhado de núcleos de administração autônomos sucede-se a ideia de uma única fonte de comando central, sem superiores, apta a emitir e ao mesmo tempo interpretar a lei, mas capaz de dividir-se por vários membros da sociedade.

A soberania, segundo sua concepção seria una e indivisível, mas poderia residir em um só centro, ser exercida por vários membros ou por toda a sociedade, resultando, assim,

---

<sup>49</sup> “Seja como for, é com Bodin que, pela primeira vez na história da doutrina política, o conceito de soberania conota a *essência* da república: esse conceito não só define sua especificidade, distinguindo-a de qualquer outra comunidade, mas a designa como *Estado* no sentido moderno da palavra, o que quer dizer que faz dela uma entidade política cuja prerrogativa já não é, como para os reis da idade Média, jurisdicional, mas legisladora.[...] Esse procedimento, que lhe permite sublinhar a indefectível unidade da soberania que caracteriza juridicamente o Estado moderno, é inteiramente novo.” GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.24 e ss.

<sup>50</sup> CREVELD, Martin Van. **A Ascensão e o declínio do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.250 e ss.

<sup>51</sup> BARROS, Alberto Ribeiro Gonçalves. **O Conceito de Soberania na Filosofia Moderna**. São Paulo: Editora Barcarolla, 2013. p.54 e ss.

<sup>52</sup> GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.23 e ss.

em três possibilidades de regimes políticos, a monarquia, a aristocracia ou a democracia<sup>53</sup>. Tal conceituação definida por Bodin, todavia, não poderia ser considerada ilimitada, eis que, segundo ele, o soberano não detém poder perpétuo, absoluto ou arbitrário, pois a soberania do regente não lhe retiraria, por completo, a sujeição a leis outras, como às da natureza, ou dos povos e o conseqüente respeito a essas leis e aos indivíduos por ela protegidos<sup>54</sup>.

Sustenta-se, ao revés, que a vontade do príncipe não pode ser maior ou ir além da 'lei divina' ou até mesmo da 'lei natural' consubstanciada pela equidade, ou das 'leis humanas' comuns a todos os povos. Assim, o soberano, ao atuar, deveria sempre observar tais normas de direito divino, natural e das 'gentes'<sup>55</sup> - note-se, nesse ponto, a conexão entre os primeiros autores das tentativas de teorias não teológicas do Estado moderno e o germe das vindouras ideias de direitos humanos. Nesse aspecto, percebe-se que Bodin materializa e incorpora à sua teoria algumas acepções incipientes de um suposto 'direito natural' ou 'universal dos povos', numa concepção embrionária dos direitos humanos em sua vertente naturalista.

Ele explica que tais normas não se apresentariam como meros freios ou limites negativos à consciência do soberano, mas como uma ordem superior mais ampla e concreta na qual todas as repúblicas se inserem<sup>56</sup>. Na sua acepção, portanto, existiria uma 'ordem justa' independentemente da vontade humana, a proteger, inclusive, os bens privados dos indivíduos, os quais não poderiam ser atingidos pelo soberano sem justo motivo<sup>57</sup> [*Um aspecto dos futuros direitos humanos, sendo introduzido no pensamento político-filosófico, em sua configuração como 'natural', entendido em sua vertente de ordem 'universal' limitadora das arbitrariedades do soberano*].

Bodin, assim, não se desassociava da tradicional percepção do direito como um elemento pré-existente e desvinculado da vontade humana, ao contrário afirmava que o

---

<sup>53</sup> BARROS, Alberto Ribeiro Gonçalves. **O Conceito de Soberania na Filosofia Moderna**. São Paulo: Editora Barcarolla, 2013. p.48 e ss.

<sup>54</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkesk em seu livro **A teoria Pluriversalista do Direito Internacional**, São Paulo: Martins Fontes, 2011. p.80 e ss.

<sup>55</sup> BARROS, Alberto Ribeiro Gonçalves. **O Conceito de Soberania na Filosofia Moderna**. São Paulo: Editora Barcarolla, 2013. p.56 e ss.

<sup>56</sup> "Assim, "o governo de direito" da República não é concebível, segundo ele, sem a obediência às "leis de Deus e da natureza", que constituem o pano de fundo de sua construção doutrinária. GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.24 e ss.

<sup>57</sup> CREVELD, Martin Van. **A Ascensão e o declínio do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p.250 e ss.

soberano tinha liberdade de criar leis contanto que essas não confrontassem as leis divinas, das ‘gentes’ e da natureza<sup>58</sup>. O soberano, destarte, teria seu poder limitado à esfera das leis civis, não podendo, assim, desempenhar suas funções legisladoras ao seu bel-prazer, mas sim realizá-lo em atenção ao justo, refletido nas leis divinas e naturais. Poderia legislar, por exemplo, para integrar as leis fundamentais, complementando-as.<sup>59</sup>

Acaso excedesse essas normas divinas, as leis naturais ou as leis dos homens, as quais, por refletirem a vontade comum dos povos consagrada ao longo do tempo, terminaram por se tornar independentes e superiores; a ação do soberano perderia sua legitimidade, passando a justificar-se tão somente pelo uso da força, eis que passaria a ser uma atuação fora do âmbito possível das leis da natureza, do divino e do humano. Nesse aspecto, essas primeiras acepções de Bodin terminam por guardar semelhanças, inclusive, com algumas das tendências doutrinárias embrionárias de direitos humanos do século XXI, ao compreenderem que a legitimidade e a soberania de um Estado somente devem ser respeitadas na medida em que esses Estados se curvam às ‘leis inerentes à natureza humana dos indivíduos’, resguardando os direitos dos homens<sup>60</sup>, do que se infere que o Estado soberano necessariamente somente seria legítimo e válido enquanto se subordinasse aos direitos individuais.

A percepção de Bodin afasta-se, destarte, e muito, dos antigos “manuais do governante”, assim como Hobbes o fez, a partir do século XVII, mas ainda não é nesse momento histórico que se materializa uma laicização completa do conceito de soberania,

---

<sup>58</sup> CREVELD, Martin Van. **A Ascensão e o declínio do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.250 e ss.

<sup>59</sup> Bodin atenta para a imprescindibilidade da obediência do soberano, no momento de elaborar as leis civis, à uma ordem normativa antecedente, à da ‘justiça’, refletida nas leis naturais e divinas, que, lhe sendo anterior e hierarquicamente superior, limita a própria soberania. A soberania seria absoluta na esfera do direito civil, podendo o regente criar, alterar ou extinguir leis civis. O poder do regente seria incondicional nesse campo de ação, superior e independente dentro do Estado, desde que obedecesse aos seus limites demarcados pelas exigências metajurídicas e pela leis fundamentais da república, as mesmas que estabelecem seu poder e a esfera de sua atuação. BARROS, Alberto Ribeiro Gonçalves. **O Conceito de Soberania na Filosofia Moderna**. São Paulo: Editora Barcarolla, 2013. p.66.

<sup>60</sup> BARROS, Alberto Ribeiro Gonçalves. **O Conceito de Soberania na Filosofia Moderna**. São Paulo: Editora Barcarolla, 2013. p.57 e ss. Tal ideia é resgatada por algumas correntes doutrinárias de direitos humanos que compreendem que a soberania do Estado apenas é legítima e somente deve ser respeitada enquanto o Estado obedecer aos limites de uma ‘lei natural e moral dos povos’, ou seja, enquanto respeitar a dignidade dos indivíduos nele viventes, caso contrário a atuação estatal perde a sua legitimidade e pode sofrer interferências externas. IGNATIEFF, Michel. **I. Human Rights as Politics. The Tanner Lectures on Human Values**. Delivered at Princeton University’s Center for Human Values. April 4–7, 2000, disponível em: [http://tannerlectures.utah.edu/documents/a-to-z/i/ignatieff\\_01.pdf](http://tannerlectures.utah.edu/documents/a-to-z/i/ignatieff_01.pdf). Consultado em: 03.12.2015.

apesar de o processo de independência política e filosófica do estado estar a todo vigor naquela época.

As construções teóricas de Maquiavel e de Bodin buscavam primordialmente desvincular o poder político da forte influência que a igreja exercia, e estabelecer um sistema de poder independente e autônomo, razão pela qual a concepção de Estado soberano daquela época não é a que mais se avizinha do conceito usualmente conhecido contemporaneamente, pois o exame das necessidades do indivíduo comum, naquelas teorias, ainda era elemento secundário nessas racionalidades subjacentes à tradição contratualista moderna, importando primariamente os bens do monarca e a justificação de sua desvinculação da Igreja e do Império<sup>61</sup>.

A moderna aceção de Estado soberano e independente foi lapidada, destarte, por outras proposições teóricas que vieram após. Por exemplo, diferentemente de Maquiavel, que pretendeu analisar a natureza humana como uma ciência, elaborando uma aceção de bom regente a partir da observação da audácia e na força dos governantes, Hobbes tenta evoluir nos estudos, construindo uma metodologia não mais baseada na “arte de governar e de viver” do bom príncipe, mas numa análise específica e distanciada do próprio poder político em si, sempre buscando seu fundamento na ‘natureza humana’<sup>62</sup>.

Enquanto Maquiavel observaria uma sociedade já sujeita às vicissitudes do ser humano, examinando como deveria se portar um regente, quais as virtudes que deveriam ser estimuladas, bem como compreendendo o ser humano já no meio corrompido; Hobbes partiria do entendimento do indivíduo nas condições pré-institucionais, no estado de natureza.

Os pressupostos antropológicos assumem, pois, um caráter central em Hobbes, pois, para ele, a ciência do direito e da formação político-social das colectividades, e consequentemente da conformação do poder político que disciplinaria o indivíduo, decorreria de um prévio entendimento da natureza do homem e de suas razões de ação.

---

<sup>61</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkesk em seu livro **A teoria Pluriversalista do Direito Internacional**, São Paulo: Martins Fontes, 2011.p.80 e ss.

<sup>62</sup>COUTINHO, Luís Pedro Pereira. **A Autoridade Moral da Constituição. Da Fundamentação da Validade do Direito Constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra,2009, p.23 e ss.

Hobbes pretendia, destarte, a partir da identificação das razões dos impulsos humanos no estado de natureza, constatar qual seria o tipo de constituição de poder político ao qual o homem deveria estar vinculado, sua origem, sua finalidade e sua extensão, assim como examinar as relações humanas que se formalizariam nesse tipo de estrutura. Ele se propôs a explicar racionalmente o comportamento humano, de forma a poder elaborar algum tipo de previsão das consequências de certas decisões, bem assim conceber um arranjo institucional que contivesse, em um grau aceitável, as iniciativas individuais.

Sua intenção era buscar na ‘ciência política’ uma precisão semelhante à da física, distanciando-se, portanto, de todos os fatores e influências que não fossem capazes de ser observados de uma maneira objetiva e ‘científica’, razão pela qual afatou-se dos dois antigos pilares da teoria de Bodin, o direito divino e o direito natural, elementos ‘impalpáveis’ pelo seu cientificismo<sup>63</sup>.

Buscando alcançar a mesma exatidão do raciocínio matemático, Hobbes tentou conceber, primeiramente, uma teoria da natureza humana, alcançando definições que fossem irrefutáveis, universalmente válidas e posteriormente compreender as consequências e conexões possíveis a partir dessas conceituações, de forma a construir proposições de ciência política capazes de adquirir a mesma certeza e perfeição de uma comprovação física<sup>64</sup>.

Sua teoria da natureza humana partiria da ideia de que o movimento é o elemento primordial de toda a existência e de que todos os fenômenos naturais seriam resultados das relações entre corpos em movimento. Sendo assim, diferencia dois tipos de movimentos do corpo humano; os vitais, movimentos imprescindíveis à sobrevivência; e os voluntários, movimentos provocados, induzidos, pelo que ele concebe como esforço, aspiração de aproximar-se do objeto desejado ou de afastar-se do objeto repulsivo<sup>65</sup>.

O principal alvo do movimento dos seres seria, na sua acepção, a manutenção de sua própria existência, sua auto-preservação<sup>66</sup> e, a partir de então, todos os outros movimentos seriam consequências desse primeiro impulso voluntário. Sendo assim, estar-se-ia diante de

---

<sup>63</sup> CREVELD, Martin Van. **A Ascensão e o declínio do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.252 e ss

<sup>64</sup> BARROS, Alberto Ribeiro Gonçalves. **O Conceito de Soberania na Filosofia Moderna**. São Paulo: Editora Barcarolla, 2013. p.76 e ss.

<sup>65</sup> *Idem*, p.79 e ss.

<sup>66</sup> COUTINHO, Luís Pedro Pereira. **A Autoridade Moral da Constituição. Da Fundamentação da Validade do Direito Constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra, 2009, p.23.

um estado de busca pela sobrevivência e, portanto, de uma iminente situação de guerra. Nessa conjuntura, as pessoas não teriam qualquer perspectiva de garantia para seu futuro, razão pela qual precisariam instituir um ente apto a manter a paz e a ordem, evitando uma situação de permanente tensão<sup>67</sup>.

Uma vez considerando um estado de natureza, pré-político, estágio esse concebido, ainda que hipoteticamente, para investigar as razões que levariam os homens a se unir, verifica-se que haveria uma situação de igualdade pré-existente entre os homens, todos a mover-se para buscar atingir os fins desejados<sup>68</sup>. Esse estado de 'igualdade' pré-existente defendido por Hobbes é, inclusive, apontado por alguns como uma das matrizes ideológicas da ideia embrionária de igualdade entre indivíduos que viria lastrear algumas das primeiras significações de direitos humanos<sup>69</sup>.

Nos estudos de Hobbes, conclui-se, contudo, que essa constante busca pela manutenção da própria existência-preservação do ser, poderia gerar um estado de mútua destruição<sup>70</sup> no qual todos os potenciais concorrentes, sabedores de sua igualdade de condições e com medo do futuro, atacariam antecipadamente os seus adversários, caso inexistisse uma ordem que impedisse previamente o impulso de seres igualmente capacitados e com a mesma expectativa de lograr alcançar os mesmos bens<sup>71</sup>.

Haveria, portanto, nesse, ainda que hipotético, estágio pré-concebido sem ordenamento, um estado de perene desconfiança, competição e pré-diposição dos indivíduos para a guerra, no sentido de mobilizar-se para exterminar qualquer eventual ameaça à sua paz e a segurança de sua sobrevivência, já que não existiria quem lhes garantisse perspectivas sólidas para seu futuro<sup>72</sup>.

---

<sup>67</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkesk em seu livro **A teoria Pluriversalista do Direito Internacional**, São Paulo: Martins Fontes, 2011.p.80 e ss.

<sup>68</sup> BARROS, Alberto Ribeiro Gonçalves. **O Conceito de Soberania na Filosofia Moderna**. São Paulo: Editora Barcarolla, 2013. p.80 e ss.

<sup>69</sup> Cf. GALLARDO, Helio. **Teoria Crítica: matriz e possibilidade de direitos humanos**. São Paulo: Editora Unesp, 2014.

<sup>70</sup> COUTINHO, Luís Pedro Pereira. **A Autoridade Moral da Constituição. Da Fundamentação da Validade do Direito Constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra, 2009, p.23.

<sup>71</sup> CREVELD, Martin Van. **A Ascensão e o declínio do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.255.

<sup>72</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkesk. **A teoria Pluriversalista do Direito Internacional**, São Paulo: Martins Fontes, 2011.p.89 e ss.

Essa contínua disposição para enfrentar e combater em prol de sua sobrevivência ou segurança, levaria os homens a um estado insustentável de constante ameaça à vida humana, não permitindo que a sociedade desenvolvesse sua plena capacidade de evoluir seja na agricultura, na ciência, na tecnologia ou no comércio<sup>73</sup>.

A organização estatal viria a impor limites a esses seres em iguais condições de disputa, pois, para Hobbes, ainda não existiriam leis, regramentos ou instrumentos suficientes para gerar uma diferença entre os homens capaz de justificar a preponderância ou a obediência de uns sobre outros.

Os indivíduos seriam, destarte, postos diante de uma simples escolha, a manutenção da situação de instabilidade ou a voluntária fundação de um contrato de obediência a um terceiro ente, uma autoridade política artificialmente criada. Autoridade, esta, concebida como uma entidade distinta do corpo político, incorporada por uma pessoa não necessariamente superior em qualidades aos outros, mas apenas capaz de manter a condição de paz.

Esse pacto fundacional, no seu entender, além de ser um ato de demonstração de egoísmo, pois o ser racional encontrar-se-ia obrigado a pactuar em razão de uma grande ameaça à sua existência e não por consideração ao desenvolvimento de todos os homens<sup>74</sup>, também seria um ato irrevogável ou inalterável. Resultaria de um processo de abnegação dos indivíduos em benefício do soberano, por entenderem ser insustentável viver em uma conjuntura competitiva e incapaz de garantir as conquistas individuais.

Ademais, como Hobbes supõe que leis apenas subsistem dentro da comunidade política que a promulga e não fora ou anteriormente a essas organizações, não existiria qualquer norma de justiça no estado de natureza, já que ausente uma comunidade organizada<sup>75</sup>. Para ele, diferentemente do entendimento de Bodin, as leis naturais seriam normas impróprias ou apenas preceitos prudenciais já que não teriam a autenticidade das verdadeiras ordens e não serviriam de alicerce próprio ao Estado.

---

<sup>73</sup> BARROS, Alberto Ribeiro Gonçalves. **O Conceito de Soberania na Filosofia Moderna**. São Paulo: Editora Barcarolla, 2013. p.79 e ss.

<sup>74</sup> Cfr. TEIXEIRA, Anderson Vichinkesk. **A teoria Pluriversalista do Direito Internacional**, São Paulo: Martins Fontes, 2011. p.99 e ss.

<sup>75</sup> CREVELD, Martin Van. **A Ascensão e o declínio do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p.255.

O soberano concebido por Hobbes seria, portanto, o único a gerar as leis que o limitariam. Poder-se-ia perceber, nesse ponto, um dos soberanos mais poderosos de todas as concepções tradicionais, eis que até mesmo os imperadores e regentes antigos seriam limitados pela igreja ou por ‘leis divinas ou naturais’, como o soberano de Bodin, obrigado a respeitar ‘leis superiores’ de comum aceitação pelos indivíduos. O regente de Hobbes poderia ser entendido, então, como inatingível a qualquer outra lei, ou pelo próprio pacto fundacional, já que este não teria participado da formação do contrato social, mas seria apenas um resultado dele, criado, inclusive para conceber, com plena liberdade, as leis que sujeitarão os indivíduos<sup>76</sup>.

O dirigente de Hobbes, pensado em resposta a essa ‘antropologia filosófica contrada na auto-preservação mutuamente destrutiva<sup>77</sup>’, destinado a controlar os impulsos desenfreados dos homens em estado de constante tensão, seria extremamente poderoso e inalcançável, capaz até mesmo de representar uma ameaça maior ainda aos súditos do que eles próprios<sup>78</sup>.

Além de ser dono de um poder autônomo, justificável por si só, numa tentativa de Hobbes de afastar a fundamentação hereditária das monarquias, estaria sem alicerce em qualquer tipo de fundamentação transcendente ou metajurídica<sup>79</sup>, o que poderia começar a representar um possível perigo às liberdades individuais de seus súditos, impossibilitando, inclusive, eventuais tentativas de proteção dos indivíduos de futuras arbitrariedades e, o conseqüente, alvorecer das acepções de direitos humanos.

De outra parte, ao observar-se a obra de Locke (considerada por alguns como uma resposta à teoria de Hobbes<sup>80</sup> e por outros como principal fonte de inspiração para os direitos humanos, em sua concepção naturalística<sup>81</sup>), pode-se perceber que sua visão da natureza

---

<sup>76</sup> BARROS, Alberto Ribeiro Gonçalves. **O Conceito de Soberania na Filosofia Moderna**. São Paulo: Editora Barcarolla, 2013, p.91.

<sup>77</sup> COUTINHO, Luís Pedro Pereira. **A Autoridade Moral da Constituição. Da Fundamentação da Validade do Direito Constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra, 2009, p.24.

<sup>78</sup> CREVELD, Martin Van. **A Ascensão e o declínio do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.255.

<sup>79</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkesk em seu livro **A teoria Pluriversalista do Direito Internacional**, São Paulo: Martins Fontes, 2011, p.103 e ss.

<sup>80</sup> Nesse sentido, CREVELD, Martin Van. **A Ascensão e o declínio do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.255.

<sup>81</sup> Nesse sentido, GALLARDO, Helio. **Teoria Crítica: matriz e possibilidade de direitos humanos**. São Paulo: Editora Unesp, 2014.

humana, ainda que inspirada na racionalidade dos homens como a de Hobbes, basear-se-ia não em uma criatura implacável, mas em um ser pertencente a uma espécie essencialmente sociável e, portanto, não naturalmente programado em sua configuração biológico-instintiva a ações anti-sociais ou a atitudes mutuamente destrutivas<sup>82</sup>.

O estado de natureza, portanto, sob o olhar de Locke ganha um aspecto diferente, distinto de um constante estado de guerra, pois o homem buscaria não apenas sua autopreservação, mas também a preservação da humanidade, e o respeito pelos 'direitos naturais' dos demais indivíduos, num estado de natureza sem maiores contendas.

No estado de natureza de Locke, todavia, não seria possível uma garantia precisa e eficaz desses direitos, eis que apesar de poder se afirmar que seriam um imperativo moral, a imperfeição humana levaria os indivíduos a, eventualmente, falharem em suas obrigações de mútuo respeito<sup>83</sup>. Seria, portanto, inviável que os direitos naturais fossem respeitados sem uma sociedade organizada, sendo perceptível a necessidade de proteção da propriedade, a qual encontrar-se-ia em uma situação de incessante ameaça<sup>84</sup>.

Tornar-se-ia, nesse aspecto, necessária a concepção de uma autoridade arbitral e imparcial, a quem cada um alienaria uma parte da liberdade da qual se beneficia no estado de natureza. Na certeza de que seus direitos estariam devidamente resguardados, os homens deixariam de se auto governar e de se aproveitar de sua plena liberdade para aceitar um regente que desse proteção aos seus direitos fundamentais<sup>85</sup> por meio de um contrato social composto por benefícios recíprocos, no qual as partes passam a aceitar a autoridade das leis e instituições.

---

<sup>82</sup> COUTINHO, Luís Pedro Pereira. **A Autoridade Moral da Constituição. Da Fundamentação da Validade do Direito Constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra, 2009. p.22 e ss.

<sup>83</sup> Cfr. HAARSCHER, Guy. **Filosofia dos direitos do homem**. Lisboa: Instituto Piaget. 1993. p.22 e ss.

<sup>84</sup> Cfr. TEIXEIRA, Anderson Vichinkesk. **A teoria Pluriversalista do Direito Internacional**, São Paulo: Martins Fontes, 2011. p.99 e ss.

<sup>85</sup> "Se o homem no estado de natureza é livre como se disse, se o senhor absoluto de sua própria pessoa e seus próprias posses, igual ao mais eminente dos homens e a ninguém submetido, por que haveria ele de se desfazer dessa liberdade? [...] A resposta evidente é que, embora tivesse tal direito no estado de natureza, o exercício desse direito é bastante incerto e está constantemente exposto à violação por parte dos outros, pois, sendo todos reis na mesma proporção que ele, cada homem um igual seu, e, por não serem eles em sua maioria, estritos observadores da equidade e da justiça, o usufruto que lhe cabe da propriedade é bastante incerto e inseguro. Tais circunstâncias o fazem querer abdicar dessa condição, a qual, conquanto livre, é repleta de temores e de perigos constantes. E não é sem razão que ele procura e almeja unir-se em sociedade com outros que já se encontram reunidos ou projetam unir-se para a mútua conservação de suas vidas, liberdades e bens, aos quais atribuo o termo genérico de propriedade". LOCKE, John. **Two Treatises of Government**. London: Guernsey Press, 1986, p.179.

Destarte, a principal função do governante não seria controlar os seres humanos evitando o retorno à latente condição de conflito, mas garantir, preservar e proteger os direitos naturais com os quais foram dotados, salvaguardando a todos a posse justa de seus bens e direitos; evitando perturbações internas, bem assim interferências externas.[ Observa-se, mais uma vez os antecedentes comuns das concepções de Estado e de ‘direitos humanos’ , pois percebe-se a incorporação das ideias de liberdades e ‘direitos naturais’ dos indivíduos às teorias contratualistas modernas que vieram a embasar a legitimação da estrutura estatal como ‘ente protetor’ dos direitos humanos]. O governante de Locke teria, portanto, seu alicerce num consentimento com cláusulas precisas, baseadas em um mútuo comprometimento entre regentes e regidos, com o fim último de constituir uma coletividade socialmente organizada e capaz de resguardar os bens e direito dos indivíduos.

Observa-se, destarte, a conexão umbilical entre as primeiras acepções de direitos humanos e as incipientes significações de Estado como ente independente e autônomo, cuja função basilar seria resguardar e proteger esses mesmos ‘direitos’, inclusive, nos estudos de Locke, eis que ele rejeitava a concepção de um poder arbitrário habilitado a eventualmente ultrapassar os limites do pacto fundacional.

Sua acepção de governante apenas poderia agir dentro das cláusulas específicas e delimitadas previamente<sup>86</sup>. Do contrário, atuando em flagrante afronta ao regramento pactuado, perder-se-ia toda e qualquer justificação, razão pela qual o governo não poderia ser considerado definitivo e irrevogável como o de Hobbes, mas sustentado num assentimento dependente de futuras ratificações<sup>87</sup>. Seria, destarte, um poder advindo de um pacto bilateral com obrigações recíprocas entre as partes, no qual uma obriga-se a obedecer a outra na medida em que sejam respeitados os limite constitutivos<sup>88</sup>.

Dáí uma significativa contribuição de Locke para a tradição contratualista e para a significação e legitimação do Estado apenas enquanto protetor dos direitos e liberdades

---

<sup>86</sup> HAARSCHER, Guy. **Filosofia dos direitos do homem**. Lisboa: Instituto Piaget.1993p.23 e ss.

<sup>87</sup> CREVELD, Martin Van. **A Ascensão e o declínio do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004,p.255.

<sup>88</sup> HAARSCHER, Guy. **Filosofia dos direitos do homem**.Lisboa: Instituto Piaget.1993p.23 e ss. Nesse ponto, algumas críticas são feitas à transposição da teoria de Locke para os dias atuais, pois o pacto bilateral por ele proposto seria apenas entre soberano e “cidadãos proprietários”, não englobando os trabalhadores, operários, artesãos, criados. Nesse sentido,GALLARDO, Helio. **Teoria Crítica: matriz e possibilidade de direitos humanos**. São Paulo: Editora Unesp, 2014, p. 230 e ss.

individuais: a concepção de um poder não absoluto como o de Hobbes, mas moderado, cuja soberania poderia encontrar limites internos ao seu exercício, fossem eles as cláusulas do pacto fundacional ou os próprios direitos dos indivíduos a serem protegidos, ao contrário de outras racionalidades contratualistas<sup>89</sup>. É patente, portanto, a presença de elementos em sua teoria a favorecer o respeito às liberdades individuais dos governados e a servir de matriz teórica para a vindoura salvaguarda dos direitos humanos pela estrutura estatal que estava a se consolidar.

O poder também não deveria ser constituído como centralizador, eis que deveria ser repartido em poderes de concepção das leis humanas, da sua execução e do julgamento de eventuais infrações, de modo a se evitar um poder uno e despótico.

Poder-se-ia, nesse ponto, asseverar que Locke representaria um antecedente significativo tanto para as futuras significações de Estado como ente protetor dos direitos humanos, quanto para as vindouras acepções dos direitos do homem, eis que supõe uma teoria de direitos emanada da natureza/dignidade humana, na qual a formação do contrato social poderia ser necessária para o reconhecimento recíproco desses direitos, bem como para o respeito a esses direitos pelo ente estatal recém instaurado. Não se nega, destarte, a pertinência, para os direitos do homem, de sua ideia de uma coletividade alicerçada em um reconhecimento de todos da necessidade de se fomentar vidas merecedoras de dignidade<sup>90</sup>.

Outro teórico contratualista a incorporar aos seus pensamentos institutos que favoreceriam tanto a solidificação do Estado como ente autônomo e soberano, quanto o alvorecer dos direitos humanos como instituto reconhecido aos habitantes de um ente estatal, Rousseau, apesar de também buscar o fundamento da sociedade na racionalidade humana, como Hobbes, interpreta a natureza do ser racional de modo diverso. Entende a natureza humana também caracterizada pelo instinto de autopreservação e pela preponderância das paixões, mas traça algumas distinções da acepção de Hobbes.

Para Rousseau o homem natural de Hobbes seria, por assim dizer, o homem de uma sociedade civil já corrompida, eis que, ao seu ver, o homem natural não se anteciparia a

---

<sup>89</sup>TEIXEIRA, Anderson Vichinkesk. **A teoria Pluriversalista do Direito Internacional**, São Paulo: Martins Fontes, 2011.p.103 e ss.

<sup>90</sup> NUSSBAUM, Martha C. **Fronteiras de Justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie**. São Paulo: Martins Fontes. Tradução Susana de Castro, 2013, p.55 e ss.

uma suposta ameaça ainda não efetivada, mas teria, ao revés, um comportamento mais pacífico, apenas reagindo a danos reais<sup>91</sup>.

Ele parte, assim, de um estado de natureza como um lugar teórico e especulativo do qual seria possível revelar algumas das características fundamentais da natureza humana, descrevendo o homem natural como aquele cujo comportamento seria destituído de qualquer caráter ético, capaz de viver em plena harmonia com outros homens e com a natureza ao tempo que dela retira toda a sua fonte de subsistência<sup>92</sup>. Seus desejos seriam limitados e não haveria razão para grandes conflitos.

Poder-se-ia afirmar, destarte, que o homem natural seria um agente livre, impulsionado, inclusivamente, pela busca pelo aperfeiçoamento, mas sem paixões inatas ou avassaladoras a alimentar um ambiente hostil, pois estas paixões, a seu ver, seriam construídas posteriormente<sup>93</sup>. Os homens seriam constituídos, por assim dizer, por uma pureza que lhe seria inerente, e a formação da sociedade desvirtuaria essa característica humana.<sup>94</sup>

Rousseau indica a propriedade privada como um dos possíveis elementos corrompidores do estado social. Ela seria, no seu entender, a instituição a partir da qual teria se iniciado um processo de 'criação de desigualdades' entre os homens. A partir desse momento, estabelecer-se-ia uma situação de insegurança para os donos dos bens privados que os levaria a buscar o estabelecimento de uma associação civil, com o fim de proteger unicamente seus interesses. Para tanto, os proprietários lograriam fazer crer que a salvaguarda de seus bens seria a verdadeira justiça e que a proteção das propriedades particulares seria de utilidade comum a todos.

---

<sup>91</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkesk. **A teoria Pluriversalista do Direito Internacional**, São Paulo: Martins Fontes, 2011.p.89 e ss.

<sup>92</sup> BARROS, Alberto Ribeiro Gonçalves. **O Conceito de Soberania na Filosofia Moderna**.São Paulo: Editora Barcarolla,2013,p.91.

<sup>93</sup> “Todas as nossas necessidades são devidas ao hábito, antes do qual não eram necessidades, ou aos nossos desejos, e não se deseja aquilo que não se está em condições de conhecer. Conclui-se daí que o homem selvagem, não desejando senão as coisas que conhece e não conhecendo senão aquelas coisas cuja posse tem ou é fácil de adquirir, nada deve ser tão tranquilo quanto a sua alma e nada tão limitado quanto seu espírito.” ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*. Paris: Gallimard, 2003.[trad.bras. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. São Paulo: Martins Fontes, 2005].p.141

<sup>94</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkesk. **A teoria Pluriversalista do Direito Internacional**, São Paulo: Martins Fontes, 2011.p.97 e ss.

A constituição da sociedade civil, portanto, poderia ser entendida como um desvio de finalidade dos proprietários, baseada numa injustiça que tenderia a se procrastinar ao longo dos anos.<sup>95</sup> A formação de associações teria se originado, assim, em sua análise, não da necessidade de impor limites à competitividade, mas justamente pelo interesse em comum dos seres racionais pela sua conservação e seu aprimoramento<sup>96</sup>.

Bem assim, como o bem que se apresenta mais em risco, após o término do estado pré-político seria a liberdade, o contrato social viria a ser o instrumento constitutivo de um Estado capaz de assegurar essa liberdade dos indivíduos, tanto que os indivíduos deveriam permanecer como titulares do poder soberano sobre sua própria comunidade, formando um corpo coletivo detentor de uma soberania tão incondicionada quanto era a soberania do monarca em Hobbes<sup>97</sup>.

Todas essas racionalidades subjacentes à tradição contratualista, como a de Bodin, Hobbes, Locke, Rousseau e de vários outros pensadores, marcaram a tentativa de independência da teoria política e das ideias de liberdade individual de suas raízes de ordem teológico-metafísico-cultural, ao longo dos séculos, assim como impulsionaram as primeiras tentativas de acepções de direitos individuais e de justificativas teóricas para a atribuição de sua proteção ao Estado. Anteriormente a esse processo de autonomia teórica, a maioria dos regentes conferia seu cargo aos deuses, à explicações metafísicas e a teoria política, tanto no que diz respeito ao Estado, quanto no que se refere aos direitos humanos, ambos ainda incipientes, era conhecida apenas como uma subdivisão da teologia.

Com a propagação das racionalidades contratualistas e dos pensamentos relativos às liberdades dos indivíduos a ela conexos, favoreceu-se essa ruptura do Estado, das organizações sociais e das concepções atinentes às liberdades do ser humano das teorias metafísicas e teológicas. A partir dessas construções teóricas racionais, não apenas a autoridade local estatal passaria a ser alicerçada no paradigma jurídico, assim como a autonomia do soberano, mas também as relações entre os próprios estados passariam a mover-

---

<sup>95</sup> “Sua crítica dirige-se às instituições sociais que criaram a desigualdade entre os homens, consagrando a servidão e a dependência. Para Rousseau, a desigualdade entre os homens não foi produzida pela natureza, mas por uma convenção que sancionou a propriedade privada e introduziu a dependência nas relações sociais.” BARROS, Alberto Ribeiro Gonçalves. **O Conceito de Soberania na Filosofia Moderna**. São Paulo: Editora Barcarolla, 2013, p.105.

<sup>96</sup> *Idem*, p.104 e ss.

<sup>97</sup> Cfr. TEIXEIRA, Anderson Vichinkesk. **A teoria Pluriversalista do Direito Internacional**, São Paulo: Martins Fontes, 2011, p.104 e ss.

se pela disciplina jurídica<sup>98</sup>, e logo após, também a proteção dos indivíduos passaria a ser albergada pelo parâmetro jurídico.

As tentativas de transportar a ciência política do âmbito teológico-metafísico para a esfera político-jurídica, todavia, não chegaram a romper, por completo, com a ordem teológico-metafísico-cultural. Em alguns pensamentos e acepções do contratualismo moderno mantêm-se justificações fundadas na teologia ou em metafísica, ainda que em menores parcelas, como, por exemplo, nas ideias de Bodin ou nas de Locke. Destarte, ainda seria possível encontrar o reflexo marcante de elementos de direito natural e da lei natural, componentes de algumas teorias do contrato social, em determinadas acepções de estado e de direitos humanos vigentes no mundo hodierno<sup>99</sup>.

Esse processo de elaboração de novas racionalidades distintas da teologia e da metafísica, no entanto, não deixa de ser considerado um dos aspectos que impulsionariam o entendimento do estado como um ente artificial, emancipado e, via de regra, independente do regente e de seus governados. Todos esses estudos prévios e construções teóricas a respeito da ‘independência’, da ‘soberania’ estatal e do ‘pacto fundacional’ viriam a servir de base para a justificativa jurídico-filosófica da expansão do Estado como unidade orgânica mais apropriada à organização da coletividade, inclusive pela ‘proteção’ e benefícios que poderia oferecer aos seus governados.

O poder exercido pelo Estado dentro de suas fronteiras sofria um intenso processo de expansão, acompanhado de um processo de extinção e diminuição de antigos elos, sem fronteiras, entre comunidades políticas<sup>100</sup>. Segundo a visão de Hobbes, tais relacionamentos travados na arena internacional, seriam marcados pelas paixões irrefreadas, pela ânsia de poder, e pelo temor, numa infindável competição e contexto de tensão de todos contra todos, enquanto Locke, em sua compreensão teria asseverado que esse ‘estado de natureza’, essa ‘anarquia internacional’ não obstacularizaria o relacionamento pleno entre autoridades locais,

---

<sup>98</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkesk. **A teoria Pluriversalista do Direito Internacional**, São Paulo: Martins Fontes, 2011.p.82 e ss.

<sup>99</sup> Para mais. BEITZ, Charles R. **The Idea of Human Rights**. Oxford: Oxford University Press.2009 e HAARSCHER, Guy. **A filosofia dos direitos do homem**. Lisboa: Instituto Piaget.1993.

<sup>100</sup> Cfr.CREVELD, Martin Van. **A Ascensão e o declínio do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004,p.264.

ainda que com alguns eventuais conflitos ou tensões. De toda forma, a consolidação da autonomia da entidade estatal teria sido aceita como elemento estabilizador dessas disputas.<sup>101</sup>

Bem de ver, as contribuições filosóficas de vários pensadores influenciariam a prevalência da instituição estatal e de seus entes correlatos, permitindo que se fortalecesse o estado territorial unitário<sup>102</sup> como ente responsável pela proteção dos direitos humanos.

Frise-se que esses esforços teóricos direcionados ao processo de avanço científico-jurídico da conceituação do estado e de seus institutos correlatos não se deu de forma isolada. Muitas variantes históricas interferiram na prevalência do formato estatal e dos institutos a ele conexos e, principalmente, na predominância e crescente expansão do Estado moderno como estrutura social preferível às outras formas de organização de coletividades e responsável pela proteção dos direitos individuais.

### **1.3. A origem multifacetada dos Direitos Humanos e sua recepção teórico-normativa pelas teorias do contrato social**

Como se observou do capítulo anterior, a evolução das teorias estatais e das concepções de direitos individuais/humanos passou por momentos semelhantes. Ambas teriam perpassado teorias metafísicas-religiosas para só após imiscuírem-se na seara jurídica-filosófica, atingindo ares de independência e autonomia em relação a explicações ou justificativas teológicas ou cosmológicas.

As teorias relativas aos direitos humanos utilizaram-se, portanto, ao longo dos séculos anteriores, das mais variadas formas e fundamentações, tendo encontrado amparo, inclusive, desde em justificações religiosas, metafísicas, morais, éticas ou até espirituais, o que demonstra a origem complexa e multifacetada da concepção dos direitos do homem, embora se possa dizer que tais ideias, a bem da verdade, exprimem uma filosofia

---

<sup>101</sup> Cfr BARROS, Alberto Ribeiro Gonçalves. **O Conceito de Soberania na Filosofia Moderna**. São Paulo: Editora Barcarolla, 2013 e CREVELD, Martin Van. **A Ascensão e o declínio do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.255.

<sup>102</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkesk. **A teoria Pluriversalista do Direito Internacional**, São Paulo: Martins Fontes, 2011. p.82 e ss.

individualista, sendo as matrizes de uma “longa tradição ocidental de matriz cristã-estóica”<sup>103</sup> inspiradora dos vindouros direitos humanos<sup>104</sup>.

Dentre as linhas antecedentes dos direitos dos homens, que promoveram a universalidade da experiência humana, encontram-se, dentre as religiosas, desde o discurso evangélico cristão que atribui essa universalidade da experiência humana a um sentimento de comunidade e reconhecimento entre ‘filhos de Deus’, até a Carta aos Romanos, na qual Paulo de Tarso assevera que Deus não tem preferência por judeu, grego ou romano, desde que se converta à fé verdadeira. Há ainda, em outra vertente, os trabalhos dos Romanos, com o ‘direito das gentes’, influenciado por Cícero (106 a.c.-43 a.c.) e quanto à linha antecedente do ‘direito natural’ antigo, os precedentes dos direitos humanos remontam a Tomás de Aquino (1225-1274), com a constatação da existência de uma coletividade de indivíduos, na qual há a capacidade de cada um reconhecer, ainda que instintiva ou racionalmente, as ordens justas às quais deve obedecer<sup>105</sup>.

Os direitos humanos também encontram fortes antecedentes históricos no processo de individualização do ser humano, nomeadamente entre o epicurismo e o sofismo, como o de Protágoras ao asseverar que o indivíduo seria a medida de todas as coisas<sup>106</sup>.

Nesse ponto, compete rememorar, inclusive, as raízes estóicas dos direitos humanos, pois no estoicismo antigo, filosofia grega pós-aristotélica, compreendia-se uma ‘igualdade natural entre todos os homens’ ao estarem inseridos, enquanto seres dotados de razão, na mesma lei universal que regeria o mundo físico e as ações humanas. Com isso, deitam-se os assentamentos para a elaboração de um ‘direito natural universal’, superior aos vários direitos positivos de cada comunidade, baseado numa ‘*sociedade universal do gênero*

---

<sup>103</sup> CABRITA, Isabel. **Direitos Humanos: um conceito em movimento**. Edições Almedina: Coimbra, 2011, p.78.

<sup>104</sup> “A recepção dos direitos individuais no ordenamento jurídico pressupõe o percurso de longa trajetória, que mergulha suas raízes no pensamento e na arquitetura política do mundo helênico, trajetória que prosseguiu vacilante na Roma imperial e republicana, para retomar seu vigor nas ideias que alimentaram o Cristianismo emergente, os teólogos medievais, o Protestantismo, o Renascimento e, afinal, corporificar-se na brilhante floração das ideias políticas e filosóficas das correntes do pensamento dos séculos XVII e XVIII. Nesse conjunto temos fontes espirituais e ideologias das concepções, que afirmam a precedência dos direitos individuais inatos, naturais, imprescritíveis e inalienáveis do homem.” HORTA, Raul Machado. **Constituição e Direitos Individuais**. Revista de Informação Legislativa, v.20, n.79. jul/set.1983, p.147-148. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181454>. Consultado em 20.04.2015.

<sup>105</sup> Para mais GALLARDO, Helio. **Teoria Crítica: matriz e possibilidade de direitos humanos**. São Paulo: Editora Unesp, 2014.

<sup>106</sup> *Idem*.

*humano*'<sup>107</sup>. Cícero principia, todavia, uma mescla entre o estoicismo e o direito, ao assentar que a natureza do direito deveria ser extraída não da vontade das autoridades responsáveis pela elaboração das leis ou dos povos, mas da própria natureza humana<sup>108</sup>, terminando por influenciar o *ius gentium* romano.

Quanto às raízes judaico-cristãs, como assevera Jorge Miranda, há no pensamento cristão a ideia de liberdade interior, essencialmente espiritual dos filhos de Deus<sup>109</sup>, assim como a ideia de uma igualdade entre todos os homens perante esse mesmo Deus. Trata-se, portanto, de uma concepção individualista ou personalista, como a estóica, baseada no valor 'moral' do ser humano e que não logra ultrapassar, ainda, a esfera da teologia.

Essa ideia medieval de superioridade do ser humano e de igual relevância de qualquer indivíduo encontrou nas leis escritas e não escritas (inicialmente religiosas ou metajurídicas) seu principal amparo e veio a ser o principal núcleo do conceito universal de direitos humanos. No horizonte específico da Europa ocidental, pode-se encontrar, por exemplo, raízes dessa preocupação com os direitos inerentes ao homem, até mesmo no crescente protestantismo ascético, voltado à liberdade individual da consciência religiosa ou, inclusive, em alguns documentos coletivos anteriores utilizados como reivindicações pela libertação da subjugação feudal, monarca e, inclusive, eclesiástica, na mudança da sociedade medieval para a moderna ou burguesa<sup>110</sup>.

Na época da Idade Média, por exemplo, após a fragmentação do poder político e econômico e instauração do feudalismo na Europa, e a partir do movimento de reconstrução da unidade política perdida, com a disputa entre o imperador carolíngio e o papa pela hegemonia no território europeu, e a luta pelo poder, até então nas mãos do clero e da nobreza, pelos reis, muitos abusos foram sentidos e manifestações de rebeldia sentidas.

---

<sup>107</sup> CABRITA, Isabel. **Direitos Humanos: um conceito em movimento**. Edições Almedina: Coimbra, 2011, p.86 e ss.

<sup>108</sup> Cf. Cícero, *De Legibus*, Liv. 5 cit por OTERO, Paulo. **Instituições Políticas e Constitucionais**. Vol.1. Almedina: Coimbra, 2007, p.90.

<sup>109</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual do Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais**. Coimbra Editora: Coimbra, 2000. 3ª Edição, p.18

<sup>110</sup> Nesse aspecto, Simone Goyard-Fabre assevera, ao rememorar os textos mais significativos dos direitos humanos, a "origem complexa e múltipla da ideia dos direitos do homem, na qual se cristalizam temas cuja conjugação provoca uma inevitável indecisão conceitual". GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.328.

Alguns documentos normativos podem ser citados, nesse aspecto, como resultados diretos desse momento histórico e como embriões relevantes para o desabrochar dos direitos humanos, por sua característica comum de limitar os poderes dos governantes e de atribuir direitos subjetivos aos governados, essencialmente o direito de ‘liberdade’ (não de todos, mas do seguimento economicamente mais forte)<sup>111</sup>, dentre eles tem-se a Magna Carta de 1215, que inovou ao atribuir direitos próprios e imutáveis à nobreza e ao clero independentemente do consentimento do monarca e o *Bill of Rights* de 1689 que também restringiu os poderes governamentais e garantiu as liberdades individuais, desembaraçando muitas das atividades dos burgueses ingleses, por meio, inclusive, da atribuição ao parlamento dos poderes de legislar e de criar tributos.

Tais documentos, contudo, não seriam ainda capazes de fazer expandir fora da Europa ocidental a proeminente visão de que todos os seres racionais possuiriam direitos exercíveis e oponíveis em face do ente soberano e da sociedade. Essa concepção de que aos homens seriam atribuídos direitos pelo simples fato de serem seres humanos e de que tais direitos poderiam ser opostos à coletividade e à autoridade detentora do poder central daquele território somente veio a ser acreditada e endossada mais amplamente justamente a partir da segunda metade do século XVII<sup>112</sup>, quando variantes históricas, políticas, econômicas e culturais impulsionariam seu florescimento e difusão.

Nesse aspecto, importa ressaltar que à concepção de direitos atribuídos ao homem são indicados antecedentes de um ponto filosófico comum, em registros documentais tanto das civilizações orientais quanto nas ocidentais, ainda que em diferentes nuances. Desde as tradições chinesa, africana, islâmica até a clássica Grécia ou Europa medieval é possível encontrar vestígios de uma prática assemelhada a algumas futuras acepções de direitos

---

<sup>111</sup> Em relação a essa questão, Fábio Konder Comparato, lembra que “Foi justamente contra os abusos dessa reconcentração do poder que surgiram as primeiras manifestações de rebeldia: na península ibérica com a Declaração das Cortes de Leão de 1188 e, sobretudo, na Inglaterra com a Magna Carta de 1215. No embrião dos direitos humanos, portanto, despontou antes de tudo o valor da liberdade. Não, porém, a liberdade geral em benefício de todos, sem distinções de condição social, o que só viria a ser declarado ao final do século XVIII, mas sim liberdades específicas, em favor, principalmente, dos estamentos superiores da sociedade – o clero e a nobreza – com algumas concessões em benefício do ‘Terceiro Estado’, o povo”. COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.58.

<sup>112</sup> DONNELLY, Jack. **Universal Human Rights. In Theory and Practice**. New York: Cornell University Press. 2013, 3ª Edição. p.75 e ss.

humanos<sup>113</sup>. E não só, desde as primeiras ideias universalizantes da humanidade, até as incipientes ideias individualizantes do ser humano, todas, ainda que pareçam contraditórias, sendo, em realidade complementares, são componentes das raízes históricas dos direitos humanos<sup>114</sup>.

Antes dispersas e oriundas de tradições teológicas, filosóficas e científicas, tais concepções de liberdades individuais encontrariam suas raízes, tal como citado alhures, em tradições que designavam o homem como ser elevado, seja por meio de justificações religiosas, que indicavam uma posição de destaque à criatura humana na ordem da criação, ou por meio de justificações filosóficas, que atribuíam ao ser humano a peculiaridade de uma natureza superior essencialmente racional, ou até mesmo por meio de justificações científicas, que indicavam o ser humano como o ápice da evolução de todas as cadeias de seres vivos.

Bem de ver, a ideia de 'dignidade humana' em sua acepção desvinculada de argumentos teológicos e cosmológicos, teve seu marco teórico racional, no discurso sobre a dignidade do homem de Giovanni Pico, senhor de Mirandola e Concordia, em 1486<sup>115</sup>, que descreve o homem como um ser capaz de movimentar-se segundo seu próprio arbítrio<sup>116</sup>, passando a servir de inspiração para a concepção de liberdade individual.

Posteriormente, Hugo Grócio (1583-1645) transformaria o 'direito natural' em uma ciência laica, uma lei natural moral, como também assentaria as bases para um direito subjetivo em benefício dos indivíduos<sup>117</sup>. Na mesma época, Étienne de La Boétie (153-1563), em seu Discurso da servidão voluntária, afirmara ser ilegítima a sobreposição de poder de um indivíduo sobre outro, ao tempo em que defendera a liberdade e a igualdade entre os todos<sup>118</sup>.

Apenas na Idade Moderna, contudo, a partir da ruptura com as concepções teleológicas, é que se construiu a conjuntura ideal para se conceber a teoria dos direitos

---

<sup>113</sup> Para mais, por exemplo, DONNELLY, Jack. **Universal Human Rights. In Theory and Practice.** New York: Cornell University Press. 2013, 3ª Edição. p.75 e ss e TOMUSCHAT, Christian. **Human Rights. Between Idealism and Realism.** New York: Oxford University Press, 2008. 2ª Edição, p.7 e ss.

<sup>114</sup> GALLARDO, Helio. **Teoria Crítica: matriz e possibilidade de direitos humanos.** São Paulo: Editora Unesp, 2014, p. 39.

<sup>115</sup> Para mais COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.13-45.

<sup>116</sup> Cf. MIRANDOLLA, Giovanni Picco Della. **Discurso sobre a Dignidade do Homem.** Edições 70 ; Lisboa, 1989, p.51.

<sup>117</sup> MONCADA, Luís Cabral de. **Filosofia do Direito e do Estado.** Coimbra Editora: Coimbra, 1995, p.161.

<sup>118</sup> LA BOÉTIE, Étienne de. **Discurso sobre a servidão voluntária.** Edições Antígona: Lisboa, 1997.

naturais dos indivíduos<sup>119</sup>. Ressalte-se que o humanismo renascentista teria função relevante ao redescobrir nos antigos o valor do homem, por si só, como ser histórico, independente de suas conexões com um poder espiritual ou exterior, capaz de movimentar-se de acordo com sua própria existência, história e natureza, criando, assim, as raízes para um ‘direito subjetivo’.

A influência posterior de Kant também foi bastante relevante para a vindoura construção teórica do conceito de indivíduo como sujeito de direitos e liberdades oponíveis à ordenação estatal, pois, para seus estudos, a dignidade da pessoa resultaria não só do fato de o ser humano ser o único a possuir vontade racional e ser apto a orientar-se com autonomia diante das leis que ele próprio cria, mas também do fato de ser o indivíduo um ser considerado e entendido como um fim em si mesmo, não como um meio para o alcance de um resultado. Os seres humanos seriam, assim, insubstituíveis, inalienáveis e teriam dignidade própria<sup>120</sup>.

A partir da aceitação dessa significação de liberdade individual, de sua utilização para equilibrar eventuais arbitrariedades advindas do revigorado poder estatal, bem como de sua incorporação ao pensamento fundacionista; foi possível avançar-se até a ideia, trabalhada por alguns teóricos do contratualismo, de direitos inerentes à natureza/razão humana e inalienáveis. Paulatinamente tais direitos foram sendo acolhidos e desenvolvidos pelas teorias jurídicas e, posteriormente terminaram por ser incorporados às normas e dispositivos legais.

O vocábulo e a significação dos ‘direitos humanos’ tal como viriam a emergir no século XVIII - mais desprendidas de racionalidades metafísicas ou teleológicas -, são, assim, resultados da ‘aurora da modernidade’<sup>121</sup>, não pertencendo ao pensamento antigo, sendo,

---

<sup>119</sup> Cf. GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

<sup>120</sup> Para o filósofo apenas o ser racional pode orientar-se segundo significações de leis ou princípios, agindo por uma vontade, por uma razão prática. Segundo Kant, os princípios objetivos obrigatórios seriam ordens ou comandos, formulados segundo um imperativo. Ele aponta dois tipos de imperativos, o hipotético, que representa a necessidade de uma ação-meio para se lograr um fim e o categórico, que representa uma ação necessária por si mesma, sem intenção de resultado algum, bastante por si própria. Nesse ponto, o ser humano existiria como um fim em si mesmo e não como um valor relativo ou um meio para a obtenção de um objetivo. Assevera ainda que o indivíduo ao mesmo tempo em que se submete às leis da razão prática, também é fonte de construção dessas mesmas leis, segundo o imperativo categórico, razão pela qual deve agir segundo uma lógica que deva querer que se transforme em lei geral. KANT, Immanuel. **A fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 2015.

<sup>121</sup> GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.328.

portanto, produto da evolução das ideias políticas, da tentativa de desvinculação da filosofia, da política e da ciência social das explicações transcendentais ou religiosas, da construção do direito positivo e atribuídas essencialmente a alguns dos pensadores modernos que, na busca por estudos mais independentes e desvencilados de suas complexidades tradicionalmente transcendentais, teriam incorporado às teorias do contrato social alguns elementos relativos à dignidade do homem e ao necessário respeito à sua liberdade.

O paradigma jurídico e a linguagem dos direitos humanos, como direitos, via de regra, inalienáveis, segundo grande parte dos estudiosos do tema, despontaria, portanto, efetivamente ao encontrar forte ressonância na modernidade ocidental<sup>122</sup>, principalmente a partir de sua absorção pelas teorias contratualistas modernas, passando a ser a mais correntemente utilizada pelas instituições da ordem estatal, inclusive por ser mais suscetível à imposição por coerção, e, após alguns anos, seria esse o parâmetro de proteção do ser humano que predominaria sobre os demais<sup>123</sup>.

As teorias contratualistas, nesse aspecto, impulsionariam não apenas o futuro resguardo jurídico dos direitos humanos pelos Estados, como também a concepção do modelo de Estado de Direito, limitado e condicionado, fundado no paradigma jurídico. Nesses pontos, residem as principais contribuições dos pensadores da tradição contratualista para a história da afirmação dos direitos humanos e do poder central estatal<sup>124</sup>, ao incorporarem em seus estudos, as incipientes significações de direitos individuais existentes àquela época.

Em meio à expansão das racionalidades do contrato social, a futura instituição jurídica dos direitos humanos encontraria espaço para se expandir e ser reconhecida como ferramenta hábil a servir de contrapeso aos destemperos dos recém criados Estados. De fato, agregadas a seus estudos por alguns dos pensadores contratualistas, as significações de

---

<sup>122</sup> Cf. GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

<sup>123</sup> DONNELLY, Jack. **Universal Human Rights. In Theory and Practice**. New York: Cornell University Press, 2013, 3ª Edição, p.87 e ss

<sup>124</sup> Nesse sentido, BEITZ, Charles R. **The Idea of Human Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2009, pp 11 e ss. No mesmo sentido: DONNELLY, Jack. **Universal Human Rights. In Theory and Practice**. New York: Cornell University Press, 2013, 3ª Edição, p.87. HAARSCHER, Guy. **A filosofia dos direitos do homem**. Lisboa: Instituto Piaget, 1993, p.29. TOMUSCHAT, Christian. **Human Rights. Between Idealism and Realism**. New York: Oxford University Press, 2008. 2ª Edição, p.8. GALLARDO, Helio. **Teoria Crítica: matriz e possibilidade de direitos humanos**. São Paulo: Editora Unesp, 2014.

liberdade individual passariam a ganhar relevância e a serem compreendidas como elementos indispensáveis ao pensamento do Estado, sendo incorporados ao pensamento político moderno.

Muitas dessas condensações ideológicas de ideias atinentes aos direitos dos seres humanos, inclusive em sua acepção ‘jusnaturalista’, teriam sido integradas ao contratualismo moderno. Essa evolução paralela e interdependente das racionalidades teóricas de Estado moderno e de direitos humanos teria favorecido a formação de um liame de dependência entre os dois institutos e a prevalência da acepção dos direitos humanos.

Sob esse ponto, por exemplo, confere-se usualmente à solidificação do Estado moderno e das racionalidades envolvidas na justificação teórica dessa estrutura estatal grande importância para a evolução dos direitos humanos, tanto que imputa-se comumente às filosofias contratualistas justamente a responsabilidade de terem retirado o homem da função de receptor de obrigações e de mero cumpridor de deveres, atribuindo-lhe a função reversa de ser, a partir de então, a verdadeira fonte dos direitos<sup>125</sup>.

O pensamento de Locke, por exemplo, é considerado como a grande inspiração para as modernas concepções de direitos humanos que viriam a prevalecer posteriormente, ou como o pai do ‘jusnaturalismo moderno’<sup>126</sup>, ao condensar o ‘imaginário ideológico’ que legitimaria modernamente os direitos humanos, como inatos, naturais, sagrados e invioláveis<sup>127</sup>.

Todo esse desenvolvimento e alvorecer dos direitos humanos estaria, assim, umbilicamente atrelado à propagação das ideias dos filósofos do contrato social e à própria expansão e predomínio do Estado moderno como estrutura e modelo paradigma de organização social a ser seguido por todas as coletividades. Alguns estudiosos asseveram, quanto a esse aspecto, a relevância da influência da crescente burguesia para a consolidação tanto do ente estatal quanto dos direitos humanos como tradições valorosas, haja vista seu crescente interesse em apossar-se de uma situação de poder, utilizando-se da máquina estatal

---

<sup>125</sup> Por exemplo, CABRITA, Isabel. **Direitos Humanos: um conceito em movimento**. Edições Almedina: Coimbra, 2011.

<sup>126</sup> BOBBIO, Norberto. **El tiempo de los derechos**. Madrid: Sistema, 1991

<sup>127</sup> GALLARDO, Helio. **Teoria Crítica: matriz e possibilidade de direitos humanos**. São Paulo: Editora Unesp, 2014, p.201. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Madrid: Trotta, 1995.p.884.

tanto como instrumento limitador dos poderes do clero e da nobreza quanto de proteção de seus próprios interesses, essencialmente o de liberdade para negociar e comercializar sem imposições quaisquer<sup>128</sup>.

Os dois institutos, Estado-nação e Direitos Humanos, caminhariam, portanto, juntos, ainda que em velocidades e tempos distintos, pois, além do reconhecimento e fortalecimento de ambos ter sido impulsionado pela contínua busca de poder da burguesia, os antecedentes históricos dos dois estaria conectado, pois um encontraria no outro a sua justificativa filosófica. O Estado moderno se utilizaria da necessidade de proteção das liberdades e dignidades do homem como seu sustentáculo e sua justificativa para ser ente necessário à segurança e bem-estar do indivíduo e os direitos e liberdades individuais, por seu turno, ‘encontrariam’ no Estado moderno a sua principal fonte de proteção.

Bem de ver, tal conjugação de racionalidades deu-se, em parte, porque o processo de desenvolvimento da configuração do poder central estatal e da expansão da ideia de independência soberana, concepções ainda não dominadas na idade média, foi acompanhado, de forma subjacente e paralela, pelo desenvolvimento de outra aceção tampouco amplamente divulgada antes do século XVII, a ideia de liberdade individual, significação da qual emanaram posteriormente as significações ocidentais iniciais de direitos humanos<sup>129</sup>. Ambas significações, como observado alhures, úteis para a ascensão de burguesia como classe dominante e, portanto, com ampla aceitação dentro desse seguimento.

Nesse aspecto, as ideias dos filósofos contratualistas vieram a calhar aos interesses da crescente burguesia, tendo sua expansão e divulgação contribuído, portanto, diretamente para a construção das aceções de direitos naturais inerentes ao ser humano, cada um a seu modo, ao incorporarem as ideias de direitos individuais às teorias fundacionistas. As aceções de Hobbes, por exemplo, - primeiro, entre os contratualistas, a afirmar a existência dos direitos inalienáveis do indivíduo à preservação da vida e à resistência à opressão - colaboraram para o início de uma verdadeira e própria doutrina dos direitos naturais, ao

---

<sup>128</sup> Dentre esses teóricos, por exemplo, Fábio Konder Comparato. Nesse sentido, conferir COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10<sup>o</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 61 e ss.

<sup>129</sup> Cf, por exemplo, TEIXEIRA, Anderson Vichinkesk. **A teoria Pluriversalista do Direito Internacional**, São Paulo: Martins Fontes, 2011.

diferenciar *lex* (fonte de obrigações/ preceito ou regra) e *jus* (liberdade de toda a obrigação/ ‘direito-poder’)<sup>130</sup>, embora o autor não acreditasse em leis naturais a obrigar o soberano.

Em Hobbes, assim como em outros contratualistas, a matriz do entendimento dos vindouros direitos do homem é a liberdade natural no estado pré-político. Note-se, por oportuno, a presença, em sua teoria, do elemento ‘igualdade’ entre todos os indivíduos, e inspiradora de algumas das racionalidades teórico-filosóficas dos direitos humanos, eis que ele rejeita a ideia de uma natural hierarquia entre seres superiores e seres inferiores, ao basear-se num estado de natureza em que vigora a equivalência entre os indivíduos<sup>131</sup>. Assim, uma eventual luta entre eles seria equilibrada, eis que a criatividade e inventividade do homem permitiria que os fisicamente menos privilegiados estivessem aptos a superar eventuais desvantagens biológicas, bem como não seria razoável supor que as diferenças entre os homens fossem suficientes para que um reclamasse benefícios que qualquer outro também não pudesse reivindicar<sup>132</sup>.

A seu ver, no seu hipotético estado de natureza pré-existente prevaleceria uma equivalência de capacidades entre os indivíduos, já que ausente um poder a impor diferenças entre os homens ou entre territórios<sup>133</sup>. Segundo ele, no estado de natureza, todos encontrar-se-iam submetidos às mesmas condições<sup>134</sup>. Seria uma situação de igualdade entre os indivíduos, incapaz de sustentar uma submissão desarrazoada ou não legitimada de alguns em face de outros.

Nesse ponto específico residiria, assim, a contribuição de Hobbes para a construção de alguns dos elementos dos direitos humanos, ao reconhecer nos homens uma posição intrínseca de igualdade pré-existente a qualquer instituição, embora a manutenção da paz entre os homens iguais só pudesse ser alcançada por meio de um contrato de vontades, no

---

<sup>130</sup> BOBBIO, Norberto. **El tiempo de los derechos**. Madrid: Sistema, 1991, p.40.

<sup>131</sup> NUSSBAUM, Martha C. **Fronteiras de Justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie**. São Paulo: Martins Fontes. Tradução Susana de Castro, 2013, p.49 e ss.

<sup>132</sup> Cfr. BARROS, Alberto Ribeiro Gonçalves. **O Conceito de Soberania na Filosofia Moderna**. São Paulo: Editora Barcarolla, 2013. p.79 e ss.

<sup>133</sup> “A Natureza fez os homens tão iguais no que se refere às faculdades do corpo e do espírito, que ainda que possamos encontrar um homem manifestamente mais forte ou com um espírito mais vivo, mesmo assim, globalmente a diferença entre um homem e outro não é tão considerável, que um hoeme possa reivindicar uma vantagem que outro não pudesse pretender para ele ...” Cf. HOBBS, Thomas. *Léviathan*, Cap. XIII, 1651. P.102. Disponível em <http://classiques.uqac.ca/classiques>. Consultado em 12.01.2013.

qual os indivíduos entregariam parcela de seu poder ao soberano, em busca de uma proteção e de uma estabilidade mais perene entre os homens.

Ressalte-se, destarte, que, embora seus estudos possuíssem elementos a favorecer a defesa de uma igualdade intrínseca e pré-institucional entre todos os homens, ideia difundida pelas principais correntes interpretativas dos direitos humanos e contemporaneamente expressa em várias Declarações de Direitos Humanos, ele recusava a possibilidade de uma coletividade, em um estado de natureza, na qual homens reconhecessem, espontaneamente, em seus pares direitos que lhe seriam inerentes e dignos de respeito<sup>135</sup>. Propugnava, ao revés, um estado pré-político cujo contexto de permanente tensão e conflito tornaria impossível qualquer reconhecimento ou respeito a eventuais direitos intrínsecos ao ser humano e, portanto, seria extremamente necessário um poder superior a garantir a manutenção da paz e a estabilidade desse premanente estado de conflito<sup>136</sup>, ainda que a construção dessa ‘sociedade’ pudesse ser temporária a durar apenas enquanto a paz se mantivesse.

Esses elementos iniciais dos vindouros direitos humanos trazidos por Hobbes, todavia, receberam, posteriormente, severas críticas de Hannah Arendt. Ela ressalta, por exemplo, que o indivíduo de Hobbes, aquele que será o principal ‘protegido’ do Estado é o indivíduo burguês, que se move pela vontade de poder e que atribui como principal motivo para a construção de um pacto social, não o alcance do interesse coletivo, mas apenas a manutenção dos próprios interesses, ao se sentir ameaçado por todos os seus semelhantes. Nas suas palavras “*Hobbes é, realmente, o único grande filósofo de que a burguesia pode, com direito e exclusividade, se orgulhar, embora os seus princípios não fossem reconhecidos pela classe burguesa durante muito tempo*”<sup>137</sup>.

Nesse processo de incorporação das ideias de direito natural às acepções contratualistas, outros filósofos, nomeadamente Locke e Rousseau, seguiram cautelosos e dispostos a fundamentar a proteção dos seres humanos, bem como a tornar o homem a fonte única dos direitos, valendo-se da hipótese de um estado de natureza no qual predominariam os direitos naturais instrínsecos aos seres humanos, para enfatizar a dicotomia ‘estado de

---

<sup>135</sup> ARENDT, ARENDT, Hannah. As origens do totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p.169.

<sup>136</sup> JOSÉ, Caio Jesus Granduque. **A construção existencial dos direitos humanos**. 1.ed. Curitiba: CRV, 2012.

<sup>137</sup> ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p.169.

natureza/estado civil' e a necessidade de complementar suas teorias com um elemento capaz de justificar a necessária atenção da autoridade estatal ao resguardo de todos os seres humanos<sup>138</sup>.

Na teoria de Locke, por exemplo, os direitos naturais, advindos de uma lei natural superior e reconhecidos pela razão humana<sup>139</sup>, estariam presentes no estado de natureza<sup>140</sup>, mas o exercício pacífico e seguro desses direitos estaria condicionado à proteção pelo Estado, contratualmente constituído para tanto. Nesse ponto, também poder-se-ia apontar uma linha de continuidade entre a teoria de Locke que concebe um Estado limitado, condicionado ao respeito das leis naturais e os princípios que viriam a inspirar, no vindouro século XVIII, a garantia constitucional da tutela dos direitos do homem<sup>141</sup>.

Locke, apesar de também colaborar com a construção das vindouras concepções de direitos humanos, traz, todavia, uma aceção de homem distinta da de Hobbes, um homem fraterno, pacífico e sociável, que permanece livre, igual aos semelhantes, não subordinado a outro ser humano, independente e, de certo modo, sossegado no estado de natureza, numa conjuntura de convivência pacífica, regida pelos 'direitos naturais' interentes aos seres humanos, apreendidos e interiorizados como seus e de seus semelhantes<sup>142</sup> (vida, liberdade e propriedade, esta última entendida como o recurso natural objeto de cultivo ou trabalho em prol do benefício de si e dos outros<sup>143</sup>), sendo senhor absoluto de sua pessoa e de suas propriedades, consubstanciadas essencialmente pela tríade citada alhures. Note-se, à propósito, quanto a essa ideia de 'direitos naturais a reger uma convivência pacífica e

---

<sup>138</sup> JOSÉ, Caio Jesus Granduque. **A construção existencial dos direitos humanos**. 1.ed. Curitiba: CRV, 2012, p.89.

<sup>139</sup> CABRITA, Isabel. **Direitos Humanos: um conceito em movimento**.Edições Almedina: Coimbra, 2011, p.116.

<sup>140</sup> BEITZ, Charles R. **The Idea of Human Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 51.

<sup>141</sup> Sob esse aspecto, ressalte-se que, Ferrajoli, por exemplo, atribui grande relevância ao pensamento de Locke como matriz e sustentáculo das vindouras concepções de direitos humanos: "o problema da legitimação substancial do que é obrigado a decidir ou não decidir constitui precisamente o objeto das teorias liberal-contratualistas sobre a razão e os limites do Estado, às quais se deve, por um lado, a elaboração de uma noção de "direito fundamental" que, embora circunscrita por ela tão somente aos direitos burgueses de liberdade e propriedade, mostra-se, entretanto, apta para ser utilizada para todos os direitos que se julgam vitais, tanto liberais como sociais, e, portanto, para servir de base a uma doutrina geral sobre democracia substancial..." FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**.Madrid: Trotta, 1995.p.884. No mesmo sentido, LAFER,Celso.**A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.p.122.

<sup>142</sup> Cfr. COUTINHO, Luís Pedro Pereira. **A Autoridade Moral da Constituição. Da Fundamentação da Validade do Direito Constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra,2009, p.24 e HAARSCHER, Guy. **Filosofia dos direitos do homem**.Lisboa: Instituto Piaget, 1993, pp. 26 e ss.

<sup>143</sup> Cfr. COUTINHO, Luís Pedro Pereira. **A Autoridade Moral da Constituição. Da Fundamentação da Validade do Direito Constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra,2009, p.39.

respeitosa', um futuro reforço teórico às vindouras significações de direitos humanos em uma de suas futuras vertentes naturalistas.

Tais direitos seriam enunciados pela própria razão e encontrariam seu alicerce na natureza humana. Adviriam de uma 'dignidade natural' inerente a todo ser humano<sup>144</sup>. Seriam derivações metafísicas aptas a proporcionar condições necessárias para uma convivência harmoniosa entre indivíduos racionais, reconhecedores de seus limites perante outros homens<sup>145</sup>. Quanto a esse ponto, à propósito, resta clara a importância das construções teóricas de Locke para algumas das significações teórico-filosóficas embrionárias dos direitos humanos, ainda que, naquele momento, - e essa também é uma das grandes críticas de Hannah Arendt - a referência aos direitos dos homens fosse direcionada especialmente ao seguimento burguês da sociedade e ao seguimento dos 'cidadãos-nacionais' formadores do 'pacto fundamental' de cada Estado e não a todos os homens<sup>146</sup>.

Sendo assim, Locke compreende os três elementos propriedade, vida e liberdade, como direitos naturais pré-existentes ao Estado, cuja proteção seria, posteriormente, atribuída ao Estado e dirigida tão somente aos que dele fizessem parte plenamente, apesar do fundamento metajurídico a preceder o contrato fundador.

Embora a obra de Locke seja esparsa e divida em variados momentos históricos, parece ser possível afirmar também que há uma ideia de igualdade entre os homens, uma semelhança de capacidades de corpo e mente suficiente para garantir o reconhecimento da impossibilidade de subjugar indivíduos em favor de outros<sup>147</sup>, o que também favoreceria o desabrochar das incipientes significações de direitos humanos pré-existentes ao Estado.

Observa-se, portanto, de uma maneira geral, que, mesmo que em pequenas doses, estão presentes, nas teorias do contrato social, dentre as racionalidades justificadoras do Estado, a proteção dos indivíduos e de seus bens - elementos embrionários dos direitos humanos - , sendo possível, até mesmo supor, como explicitado nos capítulos anteriores, que

---

<sup>144</sup> NUSSBAUM, Martha C. **Fronteiras de Justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie**. São Paulo: Martins Fontes. Tradução Susana de Castro, 2013, p.52 e ss.

<sup>145</sup> Cfr. COUTINHO, Luís Pedro Pereira. **A Autoridade Moral da Constituição. Da Fundamentação da Validade do Direito Constitucional**. Coimbra: Editora Coimbra, 2009, p.39.

<sup>146</sup> Cf. ARENDT, ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

<sup>147</sup> NUSSBAUM, Martha C. **Fronteiras de Justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie**. São Paulo: Martins Fontes. Tradução Susana de Castro, 2013, p.50 e ss.

as duas ideias têm fontes teóricas comuns e nascedouros filosóficos circunjacentes, o que terminaria por propiciar a manutenção duradoura de um vínculo umbilical entre essas duas ‘ideias-ímãs’, Estado e direitos humanos, até porque as teorias contratualistas atribuem a proteção estatal dos direitos humanos apenas àqueles que são incluídos no pacto fundacional como cidadãos do futuro Estado

Nesse aspecto, percebe-se que a justificativa teórico-filosófica de Locke para a legitimação do Estado como ente independente, autônomo, estável e propício à proteção dos homens contribuiria sobremaneira para a vindoura compreensão do ente estatal como imprescindível e indispensável à proteção dos direitos tidos como naturais: a vida, a liberdade e a propriedade, por exemplo, e, conseqüentemente, terminaria por colaborar, assim como outras teorias, para a criação de um elo, quase que intrasponível, de dependência dos direitos a uma proteção unicamente estatal, pois direcionada apenas aqueles que estivessem integrados ao Estado-território - note-se, nesse ponto, mais uma vez, a pertinência dos estudos de Locke , assim como de outros contratualistas para a construção e solidificação posterior da ideia que viria a prosperar de proteção dos direitos humanos pelo ente estatal, ideia esta posteriormente criticada por Hannah Arendt, assim como as teorias dos outros contratualistas, por minimizarem a proteção dos ‘direitos da natureza humana’ apenas aos plenamente albergados pela tríade território, Estado e Nação<sup>148</sup>.

Para Rousseau, por seu turno, - outro ‘inspirador’ dos direitos humanos -, no estado hipotético de natureza, os homens nascem livres e iguais e, por um ato de deliberação conjunta e voluntária, firmam um pacto social para fins de fundação de uma associação social para a construção de uma agregação coletiva política e moral, com regras definidas pelo povo soberano. Uma vez instituído o Estado pelo pacto social, os residentes no território estatal a ele aderem e seus opositores não podem se incluir nesse contrato, sendo considerados estrangeiros<sup>149</sup>, ou seja, na mesma linha dos outros contratualistas, subordina a proteção do Estado àqueles que firmem o pacto fundacional e que residam no mesmo território. Apenas esses formariam o elemento ‘povo’<sup>150</sup>.

---

<sup>148</sup> ARENDT, ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p.169.

<sup>149</sup> ROUSSEAU. Jean-Jacques. **O contrato social**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2003, p.129.

<sup>150</sup> Exigência que também sofre severas críticas em NUSSBAUM, Martha C. **Fronteiras de Justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie**. São Paulo: Martins Fontes. Tradução Susana de Castro, 2013.

Em Rousseau, a liberdade ilimitada dos homens no Estado de natureza é substituída por uma escolha racional de cada indivíduo agregado de alienar parte de seu poder em prol de uma “república” na qual prevalece a vontade geral de todos enquanto participantes dessa sociedade<sup>151</sup>. A liberdade natural passa a ser substituída pela liberdade civil limitada pela ‘vontade geral’ e a posse dos bens antes dependentes da força de cada um, no estado pré-político, passaria a ser garantida pela lei<sup>152</sup>.

O exercício dessa vontade geral é a própria soberania. O indivíduo, voluntariamente, subordina sua liberdade e suas propriedades à vontade geral do consenso em prol do interesse comum e os indivíduos passam a ser simultaneamente soberanos, como elaboradores das leis e direcionadores da vontade geral, e subordinados a essas mesmas leis. O indivíduo de Rousseau, tal como intencionam os demais contratualistas, passa a ser a própria fonte dos direitos e da lei.

Os pensadores da tradição contratualista utilizaram-se, destarte, dessas concepções naturalísticas dos direitos humanos, como elemento complementar e necessário ao equilíbrio da teoria do domínio da ordem estamental. Ratificaram-as como uma construção racional, caracterizada pela prevalência do ser humano. Terminaram por dar-lhes ênfase em suas teorias e conferir-lhes uma importância suficiente a maximizar sua aceitação<sup>153</sup>.

Nesse quadrante histórico o despontar das teorias contratualistas, de certo modo, impulsionaria a doutrina moderna do sistema de ‘direitos naturais’, a mesma que introduzira o processo de laicização do jusnaturalismo, pois além de inverter os elementos das teorias anteriores jusnaturalistas – tanto as presentes na Antiguidade como na Idade Média- atribuindo, finalmente, mais ênfase aos ‘direitos’ do que aos ‘deveres’ dos seres humanos e concedendo ao bem-estar dos indivíduos o *status* de meta primordial do Estado<sup>154</sup>, seria recepcionada pelos teóricos do contratualismo, como fundamento à limitação do poder político, com o fim de evitar os crescentes abusos do domínio estatal<sup>155</sup>.

---

<sup>151</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2003, p.22.

<sup>152</sup> *Idem*, p.26.

<sup>153</sup> JOSÉ, Caio Jesus Granduque. **A construção existencial dos direitos humanos**. 1.ed. Curitiba: CRV, 2012. p.89.

<sup>154</sup> Cf. CABRITA, Isabel. **Direitos Humanos: um conceito em movimento**. Edições Almedina: Coimbra, 2011.

<sup>155</sup> Cfr. JOSÉ, Caio Jesus Granduque. **A construção existencial dos direitos humanos**. 1.ed. Curitiba: CRV, 2012.

A evolução dessas significações iniciais de ‘direitos naturais’ passaria, portanto, pela desvinculação dessas concepções de razões teológicas e cosmológicas (defendida pelos sofistas na Grécia Antiga, por Platão e Aristóteles), passando pela fundamentação baseada na razão (utilizada, por exemplo, por Hobbes e Kant) e também na ética (defendida por Kant em sua doutrina da estimativa jurídica)<sup>156</sup>.

Nesse aspecto, os direitos humanos seriam compreendidos e incorporados às teorias do contrato social em sua acepção naturalista tradicional, numa tentativa de desvincula-los de conexões teológicas ou cosmológicas, percebidos, em realidade, como direitos titularizados pelos seres humanos, em qualquer situação de espaço e tempo, pelos simples fato de serem humanos. Seriam direitos inatos e inalienáveis, ainda que em “estado de natureza”, independentemente de qualquer instituição legal ou política ou qualquer reconhecimento e justamente por essas peculiaridades seriam universais, independentes e imprescritíveis<sup>157</sup>.

Nesse ponto, todavia, reside a severa crítica de Hannah Arendt, ao asseverar que as teorias contratualistas concebiam as incipientes significações de direitos humanos, apenas como direitos civis, restritos àqueles perfeitamente incluídos no Estado-nação, àqueles indivíduos inseridos no pacto fundacional da constituição da sociedade civil. As teorias contratualistas ainda não teriam, portanto, a seu ver, naquele momento, a possibilidade de abarcar aqueles que não tivessem sido introduzidos no espaço físico-político do Estado em construção, pois, apesar de essas teorias ancorarem os direitos na natureza humana e na sua fundamentação metafísica, paradoxalmente, não garantiriam os direitos dos indivíduos enquanto eles estivessem destituídos de sua esfera política e estivessem apenas em seu carácter natural (o qual supostamente seria suficiente para lhe garantir seus direitos fundamentais)<sup>158</sup>.

Essas concepções naturalísticas dos direitos humanos, todavia, foram posteriormente aprimoradas ao longo dos anos, e passariam a conviver com outras

---

<sup>156</sup> Cf. VECCHIO, Giorgio del. **Filosofia del Derecho**. Bosch Casa Editorial, 2003.

<sup>157</sup> SIMMONS, A. John. “Human Rights in World Citizenship: The Universality of Human Rights in Kant and Locke”, **Justification and Legitimacy: Essays on Rights and Obligations**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 185.

<sup>158</sup> Nenhum paradoxo da política contemporânea é tão dolorosamente irônico como a discrepância entre os esforços de idealistas bem-intencionados, que persistiam teimosamente em considerar ‘inalienáveis’ os direitos desfrutados pelos cidadãos dos países civilizados, e a situação de seres humanos sem direito algum.” ARENDT, HANNAH. **Os origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p.169.

interpretações da natureza jurídica dos direitos humanos, sejam as contratualistas ou as fundadas numa concepção puramente moral dos direitos humanos. Essas significações naturalistas, portanto, gerariam as futuras acepções naturais de direitos humanos, ou seja, apenas uma das vertentes das interpretações que futuramente viveram a ser atribuídas aos multissemânticos direitos humanos. Seriam, assim, a pedra angular da vindoura compreensão dos direitos humanos como padrões desvinculados de qualquer pré-compreensão ou subordinação a instituições políticas ou jurídicas, e entendidos por alguns autores como replicáveis em qualquer tempo e espaço, irrestringíveis, atemporais e passíveis de serem invocados por qualquer ser humano, em qualquer situação, até mesmo como parâmetro balizador de normas jurídicas e de práticas sociais<sup>159</sup>.

Sendo assim, as teorias vindouras do direito natural passariam a descrever e explicitar tais valores e direitos, fortemente embasados em quatro principais características: serem inerentes aos seres humanos simplesmente em razão de sua natureza humana; serem desvinculados de convenções ou dispositivos normativos; permanecerem independentes de estruturas prévias ou instituições pré-concebidas; e poderem ser titularizadas por qualquer pessoa, em qualquer situação, a qualquer tempo<sup>160</sup>.

Nessa mesma época histórica da tradição contratualista, além de haver uma inversão dos padrões de compreensão do Estado, ou seja, ele deixaria de ser o receptor das obrigações dos indivíduos e passaria a ser o detentor dos deveres de proteção dos seres humanos<sup>161</sup>, os direitos humanos iniciariam sua expansão e fortalecimento como linguagem que viria a ser futuramente conhecida e respeitada mundialmente, embora os precedentes históricos desses direitos possam ser encontrados vários séculos antes.

O processo de reconhecimento desses direitos naturais como intrínsecos aos seres humanos foi longo e tortuoso, mas perto do fim do século XVIII, as revoluções liberais acrescentariam um novo elemento ao processo de estruturação e fortalecimento do Estado e desenvolvimento dos direitos do homem, a constitucionalização dos Direitos Humanos.

---

<sup>159</sup> Cf. POGGE, Thomas. **World Poverty and Human Rights**. Cambridge: Polity Press, 2008. BEITZ, Charles R. **The Idea of Human Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2009,.

<sup>160</sup> BEITZ, Charles R. **The Idea of Human Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 49-51.

<sup>161</sup> CABRITA, Isabel. **Direitos Humanos: um conceito em movimento**. Edições Almedina: Coimbra, 2011, p.116.

Apesar de uma inevitável indecisão conceitual àquela época, é inegável a relevância histórica do reconhecimento, a partir dessas revoluções, dos primeiros direitos humanos, os quais passariam a estar inseridos em muitas constituições e leis estatais<sup>162</sup>. Destarte, os direitos anteriormente compreendidos como apenas ‘naturais’, atribuídos aos homens pelo simples fato de serem seres humanos, passariam a estar positivados e a ser reconhecidos por estarem firmados em diversas disposições internas do ordenamento normativo.

Aos poucos, vários Estados incorporariam às suas constituições e normas internas o dever de reconhecimento da obrigação de proteger os direitos humanos, ao mesmo tempo em que reconheciam a soberania do Estado. Caminhou-se, assim, paulatinamente, principalmente na Europa central, para a ascensão da concepção positivista ‘nacionalista’ dos direitos humanos<sup>163</sup>.

A ideia de ‘direitos humanos’ viria a ganhar, destarte, tamanha notoriedade e importância na organização interna dos Estados soberanos e no espírito normalizador do século XVIII que, via de regra, a ela se atribui a origem da concepção do Estado de direito, entendido como aquele responsável pela promoção e salvaguarda dos direitos e liberdades de seus cidadãos<sup>164</sup>.

Os direitos ‘naturais’, uma vez proclamados pelo contratualismo moderno-iluminista, passariam, aos poucos, a ser também ‘civis’. Deixariam de apenas compor uma classe de direitos anterior ao próprio direito positivo e válida por si própria, para serem tutelados pela lei, como produto da ‘vontade geral’ e da razão iluminista<sup>165</sup>. Daí a futura vertente ‘contratualista’ dos direitos humanos, a diferenciar os direitos humanos ‘naturais’, aqueles inerentes ao ser humano em qualquer época, espaço e situação e os direitos humanos ‘contratuais’, aqueles escolhidos como resultado de um pacto entre homens e governantes<sup>166</sup>.

---

<sup>162</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional**. São Paulo: Saraiva. 5ª Edição. 2015., p.65

<sup>163</sup> *Idem*.

<sup>164</sup> GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.328.

<sup>165</sup> JOSÉ, Caio Jesus Granduque. **A construção existencial dos direitos humanos**. 1.ed. Curitiba: CRV, 2012.p.92.

<sup>166</sup> Cf. BEITZ, Charles R. **The Idea of Human Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2009,

Quanto à fundamentação teórico-filosófica da existência desses direitos, uma vez enunciados pela ‘lei’ e incorporados pelas constituições estatais, à justificação típica das teorias do direito natural, somar-se-ia a justificação da legalidade formal desses direitos. Os direitos naturais passariam a ter sua validade justificada também pelo reconhecimento de sua legalidade. Nesse ponto, o contratualismo moderno, que havia empregado as ideias jusnaturalistas como instrumento de legitimação dos limites ao poder político central, passaria a ser integrado também pelo direito, em seu formato de legalidade<sup>167</sup>.

Paulatinamente, após a incorporação desses direitos ao âmbito jurídico normativo, a fundamentação jusnaturalista que teria acompanhado o desenvolvimento e divulgação inicial dos direitos tidos como inerentemente humanos, passaria a não ser mais a principal base de validade desses direitos, eis que ao longo do processo de fortalecimento do ente estatal, e do fenômeno da codificação dos direitos naturais, desenvolver-se-iam as teorias do positivismo jurídico, baseadas na legitimidade do direito-lei.

Nesse ponto, o legado de Hugo Grotius, reconhecido por alguns como o iniciador do direito natural moderno<sup>168</sup>, assim como de alguns iluministas como Locke e Rousseau, passaria a concorrer com a Escola positivista, a qual teria se desenvolvido fortemente ao longo dos séculos XIX e XX.

Destarte, o racionalismo, o qual concebia a razão como a principal fonte de direitos inerentes ao ser humano, e equiparava os direitos humanos aos direitos naturais, concebendo-os como imutáveis e eternos, além de superiores às leis dos homens<sup>169</sup>, passaria a poder ser suplantado pelas acepções positivistas. Os positivistas passariam a defender que os direitos humanos justificar-se-iam pela sua ‘validade formal’. O principal fundamento dos direitos humanos encontrar-se-ia, assim, na lei positivada e validamente constituída conforme os parâmetros estabelecidos em cada Constituição e não na simples razão humana.

---

<sup>167</sup> CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Entre o ‘legislador’, a ‘sociedade’ e o ‘juiz’ ou entre ‘sistema’, ‘função’ e ‘problema’ – os modelos atualmente alternativos de realização jurisdicional do direito*. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**. Coimbra: v.74,1998. p.102-103

<sup>168</sup> A exemplo de HAARSCHER, Guy. **A filosofia dos direitos do homem**. Lisboa: Instituto Piaget.1993.

<sup>169</sup> Na acepção de Vieira de Andrade, os direitos humanos, para essa visão de direito natural, seriam, além de inerentes à qualidade de ser humano, atemporais. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**.Coimbra: Livr.Almedina, 1983, p.14.

Importa ressaltar, todavia, que aqueles direitos, naquele momento, positivados, e alicerçados nas teorias positivistas, ainda viriam a passar por grandes mutações. As concepções, que, naquela época, começariam a passar por um processo de positivação, principalmente nas constituições europeias, inegavelmente sofreriam diversas modificações, em razão dos amplos debates teórico-filosóficos que perpassaram os séculos, gerando várias interpretações e debates, que inclusive perduram contemporaneamente, a respeito da natureza, finalidade e modo de concepção dos direitos humanos.

Pode-se observar, todavia, que, apesar de muitas variantes e contextos históricos e políticos, as teorias do pacto fundacional teriam sido as primeiras a buscar transpor a proteção do ser individual de suas fundamentações outras, como as teológicas, para as predominantemente jurídicas e a colocar o indivíduo como fonte dos direitos e não apenas destinatário de deveres e obrigações. O objetivo em comum dessas teorias era, num ambiente com muitas interferências do Papado e do Império, possibilitar e justificar a criação de uma unidade territorial autosuficiente e independente de influências exteriores, capaz de fornecer aos seres, nesse ambiente viventes, a segurança e o bem-estar necessários ao integral desenvolvimento de cada um.

Poder-se-ia chegar a afirmar, até mesmo, que a autoridade estatal independente e soberana teria sido concebida primordialmente para proteger os indivíduos e seus 'direitos' seja de uns dos outros ou de interferências externas. Ocorre, todavia, que quando essas mesmas teorias passam a ser capazes de justificar um grau de independência e uma autoridade extremamente poderosa, capaz de provocar danos aos mesmos indivíduos que se pretendia proteger, passa a ser imprescindível o estabelecimento de um parâmetro também jurídico de salvaguarda do ser humano principalmente para os casos omissos e os de atuação com excesso de poder por parte dos soberanos.

Nesse ponto, percebe-se a importância das críticas atribuídas às teorias contratualistas, pois, em que pese a relevância de tais doutrinas para a solidificação do Estado como ente autônomo e indicável à organização das coletividades, e para a divulgação e expansão da compreensão dos direitos individuais imprescindíveis ao ser humano, tais acepções terminaram por deixar os direitos humanos extremamente dependentes dos entes estatais, atribuindo apenas aos cidadãos e nacionais de um Estado a possibilidade de terem

seus direitos resguardados, apesar de fundarem os direitos individuais na natureza pura dos humanos.

Compreende-se, destarte, que os direitos humanos, instrumento jurídico de proteção dos seres humanos, teriam sido criados para salvaguardar os indivíduos apenas e enquanto cidadãos resguardados pelos Estados - instituídos como seus principais protetores - e não como mecanismos aptos a serem utilizados de forma independente e autônoma de qualquer organização estatal. A grande crítica seria, portanto, que as concepções iniciais de direitos humanos reconhecidas, a princípio pelos documentos oriundos das Revoluções Francesa e Estadounidense, teriam uma significação dependente do reconhecimento do poder soberano dos Estados, sem o qual não estariam aptas a serem utilizadas para a salvaguarda dos indivíduos.

A acepção filosófico-política predominante, naquele momento após a Paz de Vestfália, foi a de que, uma vez estando garantida uma ordem internacional equilibrada, baseada na igualdade e soberania integral dos Estados, os direitos individuais estariam aptos a serem salvaguardados por esses mesmos Estados soberanos e deles dependeriam para sua integral efetivação, o que mais tarde geraria uma busca dos indivíduos por Estados para lhe albergarem, elevando a situação de ‘pertencimento a um Estado’ a um dos elementos imprescindíveis não só para o bem viver daquele ser humano<sup>170</sup>, como também ao seu próprio reconhecimento como titular de direitos e liberdades.

Observe-se, nesse aspecto que ao longo do meio século que antecedeu a Revolução Francesa e a Estadunidense, difundiu-se largamente, a começar pela europa central, a ideia de que a organização estatal seria a unidade territorial mais adequada para albergar, proteger e resguardar as liberdades, bens e dignidade dos indivíduos e, portanto, mais apropriada para estruturar socialmente as coletividades humanas.

Note-se, nesse aspecto, que esse processo de expansão do poder público estatal em conjunto com o afastamento das ingerências externas concomitantes à assunção do Estado moderno da atribuição de zelo e de proteção das liberdades individuais, apesar de buscar estabelecer um sistema mais seguro e estável de proteção das liberdades individuais,

---

<sup>170</sup> Cfr. CREVELD, Martin Van. **A Ascensão e o declínio do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.263.

terminaria por gerar também alguns vácuos normativos merecedores de destaque, como, por exemplo, a ausência de proteção jurídica para o indivíduo não albergado por nenhum Estado ou para aqueles abrigados em um Estado incapaz de proteger seus direitos.

Chegar-se-ia a pensar que aquele indivíduo que não fosse aceito como cidadão de um Estado, ainda que estivesse num campo de refugiados ou em um território tido como neutro, encontrar-se-ia desamparado, sem direito até mesmo à vida. E ainda que fosse ‘aceito’ por algum Estado, mesmo assim se veria numa situação de semi-inclusão social, sem acesso a uma existência plena<sup>171</sup>. Dar-se-ia, assim, uma grave importância, ao vínculo de ‘nacionalidade’ que um indivíduo poderia ter e, desde então, tal busca por esse vínculo orienta massas de indivíduos, imigrantes e apátridas sedentos por constituir um elo de ‘nacionalidade’ com um Estado capaz de efetivamente dar proteção aos seus direitos.

Bem de ver, toda essa mutação teórica e fática no ordenamento internacional, impulsionada, inclusive, pelas teorias contratualistas modernas, embora considerada como intrinsecamente vinculada às matrizes teóricas das primeiras significações de direitos humanos e entendida como de grande relevância para a expansão e florescimento teórico das concepções iniciais de liberdades e de direitos individuais a serem resguardados pelos nóveis Estados, ainda não geraria um ambiente capaz de proteger plenamente o ser humano, como justificavam os pensadores da tradição contratualista moderna, embora seus esforços tenham sido válidos para gerar concepções embrionárias de direitos humanos. Ao revés, tal vínculo imprescindível do cidadão com um Estado para fins de proteção de seus direitos, poderia até mesmo manter antigas dificuldades, bem como fazer emergir novos pontos de tensão ou fomentar problemas antigos, cuja solução era buscada pelos teóricos do contratualismo.

Tais construções teóricas de defesa da liberdade do soberano em face dos demais poderes que com ele competiam, assim como os eventos políticos e históricos ocorridos naquele momento, não significariam, portanto, o imediato alcance da plena proteção do ser humano ou o fim de todos os infortúnios dos seres racionais presentes na arena internacional e essa, inclusive, é uma das severas críticas da Hannah Arendt a esses teóricos, como ressaltado alhures. Mesmo que se consolidasse plenamente, no âmbito internacional, a estrutura estatal como forma ideal de organização das coletividades, ainda assim, nada impediria que

---

<sup>171</sup> Cfr. CREVELD, Martin Van. **A Ascensão e o declínio do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.263.

problemas graves fossem deixados sem uma solução definitiva, como a questão dos indivíduos não aceitos por um Estado, ou daqueles regidos por um soberano arbitrário e desarrazoado ou até mesmo daqueles pertencentes a minorias rejeitadas pelo Estado no qual vivem.

Alguns pensadores afirmam, nesse sentido, que, justamente em resposta a essas possíveis arbitrariedades que poderiam ser praticadas pelos soberanos estatais e a esses vazios deixados pelas construções teóricas contratualistas, teriam se expandido novas e mais robustas acepções de direitos e liberdades humanas, ao longo dos séculos vindouros, de forma paulativa e subjacente, na tentativa de complementar a tradição contratualista moderna de liberdade de interferências exôgenas e de independência de poder do soberano.

Essas novas e subseqüentes teorias atinentes à liberdade, dignidade e direitos humanos terminariam por também seguir o mesmo percurso da teoria estatal-contratualista, sendo posteriormente incorporadas ao paradigma jurídico como tradições imprescindíveis à organização social das coletividades. A linguagem dos direitos humanos, emergida desse parâmetro jurídico, viria a ser, assim, cada vez mais utilizada, como justificação teórica para a defesa integral do indivíduo, em face do seu soberano, ainda que num primeiro momento apenas daquele indivíduo pertencente ao seguimento social mais privilegiado. Tal evolução das significações de direitos humanos, em alguns aspectos, terminaria por atingir também a parametrização jurídica internacional na tentativa de obter respostas às lacunas e falhas que viriam a ser encontradas por esse sistema de proteção de direitos humanos essencialmente estatal e intencionalmente direcionado apenas a alguns seguimentos da sociedade.

Desde então, os direitos humanos passariam a compor um rol variável e em permanente processo de lapidação, além de constituir-se em uma categoria de direitos bastante heterogênea, adaptável a diversos contextos histórico-culturais e e tal rol passaria, paulatinamente, a ser incorporado em diversos ordenamentos jurídicos estatais como elemento de respeito obrigatório pela ordem estatal.

Seu reconhecimento internacional culminaria na elaboração da Declaração Universal de Direitos Humanos em 1948, após muitas marchas, contramarchas, desencontros na construção de uma teoria racional para os direitos humanos e, inclusive, falta de consenso em relação aos seus objetivos últimos, fundamentos e natureza jurídica. Tal processo foi

longo, tendo despontado, contudo, nas declarações oriundas das revoluções da França e Estados Unidos, após passar por muitos teóricos, inclusive os filósofos do pacto fundacional estatal, e ainda segue em contínua construção, conforme se observará no próximo tópico.

#### **1.4. As declarações de direitos do século XVIII: inescapáveis enquadramentos histórico-teóricos**

Uma vez deslocados das esferas teológica, filosófica, cristã, moral, ética; incorporados ao âmbito jurídico; e consolidados nas declarações e constituições estatais, os direitos humanos alcançariam reconhecimento como normas limitadoras das atuações desses Estados, como instrumentos necessários ao equilíbrio da relação Estado *versus* indivíduo. Teriam sido introduzidos no ordenamento jurídico, destarte, como uma linha de defesa suplementar para os indivíduos, passível de ser oponível ao crescente e legitimado poder estatal<sup>172</sup>.

Ao se conceber e se consolidar nos dispositivos jurídicos estatais, a concepção de uma organização estatal, na qual se exige da autoridade central uma atuação responsável e dedicada à proteção dos direitos tidos como ‘naturais’ ao ser humano, pôde-se perceber os reflexos das ideias das teorias contratualistas no ordenamento jurídico social. A influência de Locke, por exemplo, como explicitado no capítulo anterior, passava pelo seu claro entendimento de que os ‘direitos naturais’ jamais poderiam ser plenamente reconhecidos e efetivados no estado de natureza, dependendo da fundação de um Estado soberano para tanto; Estado esse que apenas seria legítimo enquanto cumprisse seu pacto fundacional de proteção dos direitos naturais dos indivíduos.

O percurso de introdução e reconhecimento desses direitos nos diplomas jurídicos estatais, todavia, embora contasse com o impulso da introdução na tradição contratualista das teorias do ‘direito natural’, foi tortuoso e longo, tendo passado por diversas fases. Dentre elas, as mais amplamente conhecidas incluem, na europa central, mais precisamente na Inglaterra,

---

<sup>172</sup> TOMUSCHAT, Christian. **Human Rights. Between Idealism and Realism.** New York: Oxford University Press, 2008. 2ª Edição, p.97.

a *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Act* ( 1679), a *Bill of Rights* (1689)<sup>173</sup>, o *Act of Settlement* (1701), na França, a Declaração de Direitos do homem e do cidadão (1789); já na América do Norte, mais precisamente nos Estados Unidos, a Declaração de Direitos de Virgínia (1776), a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776), e a Constituição dos Estados Unidos (1787), com suas dez primeiras emendas.

Esse movimento de cristalização dos direitos humanos incluiu tanto a promoção dos direitos humanos por ‘declarações’, como por cartas constitucionais estatais, mas os reflexos das teorias contratualistas estavam presentes em várias delas, o que demonstra o grau de influência dessas racionalidades na concepção da ideia de direitos humanos que veio a prevalecer no mundo ocidental, inclusive baseado numa concepção de proteção primordialmente estatal dos direitos humanos voltada exclusivamente para os indivíduos com liame de ‘nacionalidade’ com os Estados-nação (fruto das teorias do pacto fundamental estatal, que necessariamente legitimavam o Estado na sua capacidade de proteção dos direitos dos indivíduos, antes vulneráveis no ‘estado de natureza’).

Bem de ver, a concepção dos ‘direitos naturais’ presentes em grande parte das teorias do pacto social, apesar de, no final do século XVII e no século XVIII, já encontrar eco em algumas culturas ocidentais, tendo, inclusive, respaldado revoluções políticas nos Estados Unidos, França e Inglaterra, só viria a servir de base a uma extensa prática mundial dos direitos humanos a partir do Século XX. Ainda, assim, sua relevância para a expansão e evolução dos direitos humanos é inegável.

Poder-se-ia afirmar, quanto a esse aspecto, que a ideia de direitos humanos firmar-se-ia, a partir do século XVIII, como uma espécie ‘ineliminável’ do direito público moderno,

---

<sup>173</sup> Cada etapa e fase desses diplomas normativos envolve o reconhecimento de distintos tipos de direitos individuais, nesse ponto, Fábio Konder Comparato relembra que “No entanto, as liberdades pessoais, que se procuraram garantir pelo habeas corpus e o bill of rights do final do século, não beneficiavam indistintamente todos os súditos de Sua Magestade, mas, preferencialmente, os dois primeiros estamentos do reino: o clero e a nobreza. A novidade é que, pela sua formulação mais geral e abstracta do que no texto da Magna Carta, a garantia dessas liberdades individuais acabou aproveitando, e muito, à burguesia rica. Pode-se mesmo afirmar que, sem esse novo estatuto das liberdades civis e políticas, o capitalismo industrial dos séculos seguintes dificilmente teria prosperado.” COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.61.

como um vindouro modelo jurídico para o mundo<sup>174</sup>, mas a sua concepção hodierna no mundo globalizado contemporâneo teria sido um produto típico do Século XX<sup>175</sup>.

É inegável também a importância do impulso dado pelas Revoluções Estadounidense e Francesa – as quais também beberam da fonte das teorias contratualistas – para a evolução e desenvolvimento das futuras concepções de direitos humanos e a sua contínua influência na forma de interpretar, compreender e difundir esses direitos humanos.

Note-se, à propósito, que, a Declaração de Direitos do “bom povo da Virgínia” de 1776, assim como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, reconhecidas como resultados da ‘razão iluminista’, seriam o reflexo da ‘positivação desse direito natural’ ‘descortinado’ pelos teóricos do contratualismo moderno. Teriam, assim, documentado o despontar dos direitos humanos na modernidade, ao plasmar as ideias dos teóricos do jusnaturalismo moderno-racional ao longo de seus artigos<sup>176</sup> e vindo, destarte, a influenciar diversos ordenamentos jurídicos futuros em todo o mundo.

Nesse sentido, a Declaração dos Estados Unidos de 1776 teria plasmado concepções jurídicas resultantes da influência, por exemplo, do *Bill of Rights* inglês de 1689, e cristalizado as ideias filosóficas de Locke e de Rousseau (a exemplo do seu artigo 1º que solidificaria a ideia da igualdade e da liberdade dos homens por natureza) e também de Montesquieu (mais especificamente em seu artigo 5º).<sup>177</sup>

Isso porque as concepções do naturalismo, do Locke inglês, encontrariam ampla aceitação nos Estados Unidos, dotados de uma tradição liberal; e os direitos naturais e os

---

<sup>174</sup> GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.328.

<sup>175</sup> DONNELLY, Jack. **Universal Human Rights. In Theory and Practice**. New York: Cornell University Press. 2013, 3ª Edição. p.75 e ss.

<sup>176</sup> Conferir diagnóstico de NEVES, Marcelo. **A força simbólica dos direitos humanos**. Revista Eletrônica de direito do estado. Salvador, n.4 out-dez, 2005. Disponível em: , consultado em 08.12.2014. p.14. No artigo, o autor enfatiza que não seria por acaso que as declarações utilizaram em sua redação o verbo “ser”, e não “dever ser”, levando à interpretação de que aquelas ‘declarações’ estariam apenas ‘declarando’, ou positivando os ‘direitos naturais’. Bem assim, Fábio Konder Comparato, o qual afirma “ O artigo I da Declaração que ‘o bom povo da Virgínia’ tornou pública, em 16 de junho de 1776, constitui o registro de nascimento dos Direitos Humanos na história.” COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.62.

<sup>177</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

interesses individuais difundidos pela tradição contratualista terminariam por restar plasmados na Declaração oriunda da Revolução Estadounidense<sup>178</sup>.

A Declaração de independência dos Estados Unidos da América foi, nesse sentido, expressa ao asseverar que baseava-se em verdades por si só evidentes, a de que todos os homens teriam sido criados iguais, dotados “*de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade. Que a fim de assegurar esses direitos, governos são instituídos entre os homens, derivando seus justos poderes do consentimento dos governandos; que, sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva de tais fins, cabe ao povo o direito de alterá-la ou aboli-la e instituir um novo governo..*”

Os direitos naturais e liberdades do indivíduo ganhariam posição de destaque, assim como a soberania sujeita ao crivo dos subordinados, nas declarações do século XVIII. Percebe-se, destarte, uma sólida influência das ideias contratualistas de Locke, que inclui desde a defesa de seus direitos inalienáveis até a sua concepção de pacto fundacional dotado de cláusulas mutuamente obrigatórias e, portanto, passível de um rompimento no caso de descumprimento de suas condições.

Até mesmo a Declaração dos Direitos do homem e do Cidadão de 1789 teria incluído em seu artigo 17 a obrigação de o Estado garantir o direito de propriedade, concebido como um direito natural por Locke. Torna-se, destarte, inegável a interferência dos autores contratualistas na experiência das declarações de direitos surgidas a partir da segunda metade do Século XVII.

Note-se, nesse ponto, que a Declaração francesa de 1789, embora inspirada em diversas matizes das teorias jusnaturalistas, teria sido marcada, principalmente, pelo legado de Rousseau, a exemplo do seu artigo 1º que recepcionaria a teoria rousseauiana da liberdade e igualdade natural dos homens. Sem, todavia, deixar de refletir as ideias de Montesquieu, a exemplo do seu artigo 16.

Nos seus primeiros três artigos, a Declaração Francesa dos Direitos dos Homens e Cidadãos assevera que “*os homens nascem e são livres e iguais em direitos*”, que “*as*

---

178 GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.332.

*distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum*”, bem como que “*a finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem*”, como também que “*o princípio de toda a soberania reside, essencialmente, na nação*”. Ademais a Declaração também dispõe em seu preâmbulo que “*ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos governos*”.

A França não negaria a sua história e sua tradição doutrinária inspirada nas ideias de Rousseau. Plasmada, assim, em sua Declaração de direitos a sua aspiração à liberdade dos homens e a obrigação que caberia ao Estado de promover essa liberdade fundamental, assim como outros direitos dos seres humanos, todos inalienáveis e sagrados, como a integridade física do ser humano, a propriedade, a liberdade de circulação e expressão, entre outros.<sup>179</sup> Tudo com o objetivo de também estabelecer uma barreira aos eventuais abusos da monarquia francesa e garantir uma nova ordem, uma nova unidade-nação, sem seguimento sociais a diminuir a importância de determinados seres humanos e na qual a soberania emanaria igualmente de todos.

Nesse ponto, a imprescindibilidade de se conferir valor constitucional ao texto declaratório, consolidando o valor jurídico dos direitos nele declarados era tão fortemente experimentada que, pouco tempo depois, as Constituições francesas incorporariam aos seus textos as garantias cristalizadas pelas declarações que lhe antecederam<sup>180</sup>.

Resta marcada, assim, de forma indelével, a contribuição de Rousseau para a afirmação dos direitos do homem, prevalecendo algo proveitoso de seu legado advindo de sua tentativa de buscar, em sua filosofia política, uma forma de agrupamento social apto a resguardar e a potencializar os direitos intrínsecos ao ser humano, ao conceber um contrato social cuja função seria restabelecer os direitos naturais por meio das leis civis, refundando os direitos cujo gozo, no estado de natureza, havia sido interrompido pela corrupção da sociedade.

---

<sup>179</sup> GOYARD-FABRE, Simone. Os princípios filosóficos do direito político moderno. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.332.

<sup>180</sup> *Idem*, p.329.

Bem de ver, a fonte de inspiração das Declarações da França e dos Estados Unidos teria sido, destarte, o racionalismo defendido, em especial, por Locke e Rousseau. Nesse aspecto, a razão teria sido aceita, em ambas as declarações, como o fundamento dos direitos inerentes ao ser humano, ao tempo em que a ideia de supremacia do indivíduo frente ao Estado passaria a integrar a disciplina jurídica<sup>181</sup>. Note-se que a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão dispõe em seu artigo 2º que: “*o fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis*” de todo ser humano.

As concepções das declarações francesa e estadunidense, todavia, segundo Zagrebelsky<sup>182</sup>, seriam em parte distintas, já que, enquanto a tradição dos Estados Unidos, reconheceria direitos anteriores ao governo, à lei e à constituição e, portanto, insuscetíveis de limitação por parte do poder legislativo; e uma constituição que conformaria e legitimaria o despontar do próprio governo; a acepção francesa compreenderia os direitos como dependentes da lei, ou seja, apenas realizáveis por meio de sua positivação pela organização estatal prévia e responsável por eleborar a própria constituição.

Em que pesem as peculiaridades das declarações do século XVIII, importa ressaltar que ambas utilizaram-se da fundamentação jusnaturalista para reconhecerem e divulgarem a relevância dos direitos humanos, tanto que no final do Século XVIII, a Europa central, bem assim parte dos Estados fora do eixo ocidental, já teria aceito e introjetado conceitos incipientes de direitos humanos, que apesar de ainda desconhecidos à época da Paz de Vestfália, viriam a tornar-se o novo paradigma jurídico da salvaguarda do indivíduo, fundado na noção de igualdade e inalienabilidade dos direitos do homem<sup>183</sup>.

Tais declarações, apesar de sua importância para a história dos direitos humanos<sup>184</sup>, também sofreram algumas críticas de Hannah Arendt baseadas na fundamentação

---

<sup>181</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional**. São Paulo: Saraiva. 5ª Edição. 2015., p.52.

<sup>182</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho ductile: ley, derechos, justicia**. 7.ed. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2007. p.52 e ss.

<sup>183</sup> DONNELLY, Jack. **Universal Human Rights. In Theory and Practice**. New York: Cornell University Press. 2013, 3ª Edição. p.89 e ss.

<sup>184</sup> Hannah Arendt, como diversos outros autores reconhece que a Declaração dos Direitos do Homem, no fim do século XVIII, foi um momento decisivo e relevante na história, asseverando que “... doravante o Homem, e não o comando de Deus nem os costumes da história, seria a fonte da Lei. Independente dos privilégios que a história havia concedido a certas camadas da sociedade ou a certas nações, a declaração era ao mesmo tempo a mostra de que o homem se libertava de toda espécie de tutela e o prenúncio de que já havia atingido a maioria.” ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p.324.

naturalista dos direitos humanos e, paradoxalmente, não suficiente à proteção dos indivíduos, eis que apesar de alçar os direitos do homem a direitos intrínsecos à sua natureza humana, os submetia à proteção estatal, reduzindo, assim, direitos de toda a raça humana a direitos meramente civis direcionados apenas aos ‘nacionais’ de cada Estado.

Essa redução dos direitos humanos à esfera política de cada Estado é bastante atacada por ela<sup>185</sup>, assim como também a imprescindibilidade de o indivíduo se integrar a um povo, a uma nação emancipada e soberana para só após ser plenamente protegido em seus direitos civis. A seu ver os direitos, destarte, deixam de ser inerentes ao homem como ser humano e passam a ser atribuídos ao homem como ser social, coletivo, inserido numa comunidade capaz de lhe proteger<sup>186</sup>.

Note-se, à propósito, que, desde o início, a linguagem dos direitos humanos terminou por se ramificar em dois modelos; ambos originados das concepções contratualistas, as quais, por conseguinte, terminaram por fazer parte da própria essência da ideia de direitos humanos. O primeiro modelo, influenciado por pensadores europeus continentais, especialmente Rousseau, atribuída maior importância aos direitos atinentes à ‘igualdade’ e à ‘fraternidade’, sempre temperando-os com os respectivos deveres e limites.

Essa perspectiva europeia ocidental, na qual o Estado era compreendido como garante dos direitos e protetor dos necessitados, gerou reflexos diretos no movimento de constitucionalização francesa dos idos de 1790, no Código Prussiano de 1794, e, inclusive na Constituição Norueguesa de 1815, sempre mesclando os direitos civis com as obrigações públicas de prestar amparo aos necessitados<sup>187</sup>, assim compreendidos aqueles incluídos na ‘esfera política’ dos Estados. Posteriormente, por volta do século XIX e XX, como reação direta aos efeitos nocivos da industrialização, os direitos paternalistas evoluíram para os direitos sociais e econômicos, os denominados ‘direitos-créditos’<sup>188</sup> também atribuídos apenas aos indivíduos aceitos como ‘pertencentes’ ao Estado garantidor desses direitos.

---

<sup>185</sup> ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p.324 e ss,

<sup>186</sup> Adeptos a essas críticas não faltam, dentre eles, por exemplo, FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 35 e ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p.261 e ss.

<sup>187</sup> Cf. GLENDON, Mary Ann. **A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights**, 1<sup>st</sup>. Ed. New York: Randomhouse, 2002

<sup>188</sup> Termo cunhado por alguns autores e rememorado por GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.336.

O segundo modelo, por sua vez, o dialeto anglo-americano da linguagem dos direitos humanos, enfatizaria a liberdade individual e autonomia de iniciativa mais do que a ‘igualdade’ ou a ‘solidariedade’ social. As diferenças entre as duas tradições eram essencialmente de grau e ênfase<sup>189</sup>. Ambas, todavia, igualmente influenciariam suas respectivas sociedades e teriam suas raízes nos teóricos contratualistas.

No primeiro documento constitucional a introduzir a ideia de direitos individuais na América do Norte, por exemplo, na Declaração de Direitos da Virgínia de 1776, as ideias de Locke estão presentes em quase todo o seu texto. Na primeira parte da declaração lê-se, inclusive, que todos os homens são igualmente livres e independentes por sua própria natureza e possuem certos direitos que lhe são inerentes, os quais não lhe podem ser retirados ainda que esses indivíduos venham a integrar uma organização social. É indubitável, portanto, que as reflexões e racionalidades desse teórico do contrato social influenciaram o modo de percepção dos direitos ao longo de vários anos nos Estados Unidos<sup>190</sup>.

Na Europa central, contudo, foram necessários alguns anos para que a tendência de constitucionalização dos direitos individuais alcançasse os mais diversos Estados. Ressalte-se que apesar de várias demonstrações estatais da intenção de cristalizar esses direitos nas constituições nacionais, tal processo de positivação desses direitos somente veio a ser mais significativo após a queda do império napoleônico, em 1815; contexto a partir do qual solidificou-se um persistente movimento de expansão da constitucionalização dos direitos individuais entre os países vizinhos ao Estado responsável pela Declaração dos direitos do homem e do cidadão.

Na Prússia, por exemplo, maior estado alemão, apenas em 1850, incorporou-se à sua constituição uma seção específica para resguardar os direitos dos prussianos (artigos 3 ao 42)<sup>191</sup>, enquanto na União Soviética o processo tomou um rumo distinto da Europa ocidental, ao subordinar o indivíduo ao Estado, exaltando a igualdade em detrimento da liberdade, e os direitos sociais e econômicos em detrimento da liberdade política e civil<sup>192</sup>.

---

<sup>189</sup> Cf. GLENDON, Mary Ann. **A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights**, 1<sup>st</sup>. Ed. New York: Randomhouse, 2002

<sup>190</sup> TOMUSCHAT, Christian. **Human Rights. Between Idealism and Realism**. New York: Oxford University Press, 2008. 2<sup>o</sup> Edição, p.13.

<sup>191</sup> *Idem*, p.14.

<sup>192</sup> GLENDON, Mary Ann. **A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights**. 1<sup>st</sup>. Ed. New York: Randomhouse, 2002

O processo de constitucionalização dos direitos humanos nos Estados latino-americanos, por seu turno, deu-se de maneira distinta. Logo após a independência dos Estados, no século XIX, os modelos europeu e anglo-americano passaram a irmanar-se. A maioria dos novos Estados mantiveram seus sistemas jurídicos no estilo europeu continental, mas adotaram constituições modeladas sobre a dos Estados Unidos, complementando-a com as proteções sociais e econômicas, dos denominados ‘direitos-créditos’<sup>193</sup>.

Posteriormente, na longeva Declaração Universal dos Direitos Humanos, também será possível perceber a influência do legado teórico do direito natural, nomeadamente no ponto em que se afirma que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos, o que guardaria uma perceptível similitude, por exemplo, com a frase inicial do clássico ‘Contrato Social’ de Rousseau, no qual se afirma que todos os homens nascem livres<sup>194</sup>.

Plasmadas nas declarações de direitos do século XVIII e, posteriormente, em várias outras conveções e tratados que vieram a positivizar os direitos naturais, as ideias jusnaturalistas, terminaram por influenciar a futura identificação entre os direitos humanos e os direitos naturais. Percebe-se, nesse ponto, a presença marcante da fundamentação jusnaturalista na história da afirmação dos direitos humanos.

Nessa fase de reconhecimento e cristalização dos direitos pelas Declarações do século XVIII, entretanto, deu-se ênfase primeiramente ao reconhecimento dos direitos humanos em sua vertente pessoal, ou seja, aos direitos do homem por excelência, em sua perspectiva individualista, tanto que o individualismo aparece como um dos princípios mais marcantes do texto declaratório de 1789<sup>195</sup>.

Os direitos humanos teriam, destarte, nascido no século XVIII como direitos ‘naturais universais’, embora tenham sido utilizado no século XIX, na condição de direitos

---

<sup>193</sup> GLENDON, Mary Ann. **A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights**. 1<sup>st</sup>. Ed. New York: Randomhouse, 2002 p.12.

<sup>194</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2003.

<sup>195</sup> GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 331.

específicos dos cidadãos tutelados por seu Estado, vindo a, no século XX, terem a oportunidade de serem transformados em direitos positivos universais<sup>196</sup>.

A positivação das declarações de direitos humanos nas constituições estatais, iniciada após as revoluções estadunidense e francesa, objetivava atribuir aos direitos nelas consolidados mais segurança e estabilidade, numa dimensão além da facultada pelo jusnaturalismo. Assegurava, assim, reconhecimento jurídico-formal aos direitos, considerados pelos jusnaturalistas, como inerentes ao homem e como verdades evidentes, por si só, enquadrando-os como direitos constitucionalmente resguardados e juridicamente afiançados pelo Estado, embora, a bem da verdade, os restringisse, ao comprometer-se em assegurar aos seus cidadãos-nacionais apenas aqueles direitos previstos e declarados em suas próprias constituições, além de limitar a proteção dos direitos individuais exclusivamente aos seus nacionais, sem atentar para a real abrangência dos direitos ‘inerentes a qualquer ser humano’ independentemente de seu agrupamento social ou situação perante outros indivíduos ou organizações sociais.

Nesse contexto da formação do “Estado de Direito”, caberia, contudo, ao novel Estado constitucional cumprir a função de escudo contra suas próprias ações e demais intervenções do poder político dos impérios e de outros entes em vias de extinção na arena internacional, limitando e obstando interferências indevidas na liberdade individual, e demais direitos contemplados em suas constituições e legislações internas.

Após o percurso de laicização e migração do campo filosófico para a parametrização jurídico-política, e uma vez institucionalizado juridicamente, o “Estado de Direito”, seus fundamentos, seus atributos e seus componentes teriam mais segurança jurídica quanto à sua solidez e constância no tempo. Seria esperado, portanto, que o novel “Estado de Direito” efetivamente assegurasse ao cidadão uma ordem estável, sólida, previsível quanto ao seu funcionamento ao longo do tempo e garantidora de seus direitos, ainda que apenas os constitucionalizados.<sup>197</sup>

---

<sup>196</sup> Conceção apresentada por BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.p.30

<sup>197</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkesk em seu livro **A teoria Pluriversalista do Direito Internacional**, São Paulo: Martins Fontes, 2011.p.115.

Concomitante a esse processo de monopolização da criação da juridicidade pelo Estado, haveria uma tendência da fundamentação positivista suplantarem as ideias jusnaturalistas, preponderantes no pensamento jurídico até o século XVIII<sup>198</sup>. As correntes do positivismo jurídico expandem-se mais fortemente nessa fase de formação e consolidação do Estado moderno e essa mudança de paradigma inevitavelmente geraria reflexos no modo de conceber e assegurar os direitos humanos, pois, a partir de então, os direitos poderiam ser compreendidos como aqueles criados e tutelados pelo Estado, deixando de se validar outros direitos que não aqueles postos pelos ordenamentos jurídicos estatais.

A teoria positivista consideraria, assim, o postulado de que não haveria direito fora da organização política estatal ou do entendimento e pacto dos Estados no âmbito internacional, o que prejudicaria o próprio reconhecimento mais amplo dos direitos individuais tal como pretendiam os revolucionários da França e dos Estados Unidos, inclusive daqueles direitos que poderiam ser opostos ao próprio Estado.

Nesse aspecto, evidencia Michel Miaille que se permitira uma tentativa de substituição das ideias jusnaturalistas pelas positivistas, porque, a partir do momento em que a burguesia passa a acessar o poder no recém-criado Estado-nação e, por conseguinte, logra influenciar ou dominar o aparato legislativo, as ideias jusnaturalistas já não lhe seriam mais imprescindíveis para alcançar seus interesses de proteção à sua liberdade individual, pois teriam os burgueses a máquina legislativa a seu favor, de modo que lhe bastaria o reconhecimento constitucional dos direitos que lhe fossem interessantes<sup>199</sup>.

Os direitos do homem, destarte, nascidos sob uma forte acepção do direito natural, como inerentes à natureza humana e, assim cristalizados nos textos revolucionários do Século XVIII, como titularizáveis por todos os homens, de forma imutável, eterna e universal, passariam, assim, a ser considerados como atribuídos aos indivíduos, não pela sua condição

---

<sup>198</sup> JOSÉ, Caio Jesus Granduque. **A construção existencial dos direitos humanos**. 1.ed. Curitiba: CRV, 2012, p.103.

<sup>199</sup> Nesse aspecto, segundo a abordagem de MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. Trad. Ana Prata. 2.ed. Lisboa: Estampa, 1994, p.44: “O jusnaturalismo correspondia, sobretudo no final do século XVIII; à teoria de que necessitava a burguesia ascendente para criticar a feudalidade e transformar a sociedade que se opunha ainda à sua dominação. O positivismo será, a partir da codificação napoleônica (de que é uma manifestação e não uma causa), a teoria de que tem necessidade uma burguesia que se tornou dominante no sistema sociopolítica. Depois da esola da crítica [jusnaturalismo racional] segue-se a da exegese!”

de ser humano, mas pela vontade do legislador de incorporá-los às constituições dos estados aos quais esses indivíduos pertencem<sup>200</sup>.

Passaria a vigor, assim, em algumas sociedades, naquela época, a concepção de direitos do homem como aqueles que o Estado selecionasse e agraciasse como integrantes do ordenamento jurídico e aceitasse como direitos públicos subjetivos em suas constituições. Expandir-se-ão, assim, a partir daquele momento, as ideias embrionárias do que viria a ser a concepção tipicamente ‘contratualista’ dos direitos humanos, em oposição às correntes ‘naturalistas’.

As contemporâneas concepções ‘contratualistas’, entenderiam os direitos humanos não como ‘naturais’, decorrentes da natureza humana ou das suas circunstâncias inerentes à sua condição e independentes de eventual reconhecimento por constituições nacionais ou convenções internacionais, mas como os consolidados por meio de um ‘consenso comum’, ou seja, por meio de um ‘acordo pactuado’. Dentre essas teorias hodiernas poderiam ser citadas, por exemplo, a que se baseia em um núcleo comum de direitos, a que se estrutura em uma ‘sobreposição de consensos’ ou, ainda, numa “progressiva convergência”<sup>201</sup>.

Essa justificação dos direitos humanos, fundada na vontade da lei, baseada num legiscentrismo, e na concepção civilista dos direitos, todavia, mostrar-se-ia, posteriormente e, principalmente após a eclosão das duas grandes guerras mundiais, incompatível e, quiçá, insuficiente à realidade que o mundo viria a presenciar, principalmente pela sua inconstância e incapacidade de propiciar a estabilidade e a previsibilidade pretendidas, pois desde o século XVIII até então, o elenco dos direitos humanos contemplados nas constituições e nos instrumentos internacionais foi alterando-se a partir das conjunturas político-históricas vivenciadas.

Os direitos humanos revelar-se-iam, destarte, historicamente relativos e variáveis, e até mesmo expansíveis ou suprimíveis, haja vista a ampliação que o catálogo de direitos humanos vem admitindo, ao longo dos anos, seja em função do legado liberal, a enfatizar a

---

<sup>200</sup> JOSÉ, Caio Jesus Granduque. **A construção existencial dos direitos humanos**. 1.ed. Curitiba: CRV, 2012,p.103.

<sup>201</sup> Para mais:BEITZ, Charles R. **The Idea of Human Rights**.Oxford: Oxford University Press, 2009, pp.73 e ss.

liberdade do indivíduo, ou do legado socialista, a realçar o igualitarismo e, de outra banda, as ameaças de extinção que alguns direitos vem suportando, após várias crises financeiras ocorridas no Século XXI. A partir dessa constatação advém a crítica de alguns estudiosos da filosofia do direito em relação à fundamentação jusnaturalista dos direitos humanos, baseada na ‘natureza humana’, conceito considerado ambíguo e plurívoco, e a consequente proposta de substituir tal fundamentação pela fundamentação historicista dos direitos humanos, no seu entender, mais apropriada e adequada à realidade histórica<sup>202</sup>.

Importa ressaltar, desde logo, que, independentemente da fundamentação ou da natureza jurídica que se atribua aos direitos humanos, é certo que não há um consenso entre os estudiosos do tema, quanto à sua natureza jurídica, fundamentação, propósito ou objetivo primordial. São muitas as nuances e matizes filosóficas ou sociológicas atribuídas, razão pela qual, via de regra, os autores se furtam de aprofundar com mais cautela tais questões, e muitas vezes apenas comungam do mesmo entendimento em relação aos antecedentes históricos. Nesse caso, a ampla maioria dos autores atribui grande relevância às Declarações de Direitos do século XVIII, como importante marco histórico, pois independentemente de serem marcadas por um sincretismo de componentes filosóficas heterogêneas, e pela ambição universalista oriunda do racionalismo iluminista, não deixam de ser reconhecidas como as grandes responsáveis pela proclamação dos direitos humanos, bem assim como os primeiros documentos a certificar o nascimento das primeiras concepções desses direitos.

A partir da cristalização dos direitos individuais nessas declarações, desencadeou-se um forte processo de expansão dessas concepções de direitos humanos, ainda que com peculiaridades distintas em cada região, levando Estados a incorporá-los em suas constituições, mas o grande marco histórico para os direitos humanos, utilizado por diversos doutrinadores viria a ser, inegavelmente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>203</sup>, momento no qual os membros das comissões elaboradoras do projeto também optaram por não discutirem os fundamentos, razões, natureza jurídica ou características inerentes aos direitos humanos, sob pena de por em risco qualquer possibilidade de consenso<sup>204</sup>, do que se

---

<sup>202</sup> FERNANDEZ, Eusébio. **Teoria de la justicia y derechos humanos**. Madrid: Debate, 1984. p.77-126.

<sup>203</sup> Por exemplo, HAARSCHER, Guy. **A filosofia dos direitos do homem**. Lisboa: Instituto Piaget.1993, TOMUSCHAT, Christian. **Human Rights. Between Idealism and Realism**. New York: Oxford University Press, 2008. 2º Edição. DONNELLY, Jack. **Universal Human Rights. In Theory and Practice**.New York: Cornell University Press.2013, 3º Edição.

<sup>204</sup> Para mais: GLENDON, Mary Ann. **A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights**. 1<sup>st</sup>. Ed. New York: Randomhouse, 2002

observa que efetivamente, até os tempos contemporâneos, não se buscou encontrar um fundamento único ou unânime, ou até mesmo uma conceituação de ‘natureza jurídica’ capaz de abrigar todo o sincretismo, as nuances e matizes envolvidas na concepção dos direitos humanos, preferindo-se deixar em aberto o debate e as possíveis interpretações que adviriam ao longo dos anos.

Note-se, nesse aspecto, que após a publicação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, houve uma divulgação, mais dilatada ainda, desses direitos e vários estudiosos ampliaram a propagação de várias concepções distintas acerca dos direitos humanos, sejam elas fundacionalistas, não fundacionalistas, puramente funcionalistas, ou, aquelas a interpretar os direitos humanos como ‘mecanismo de progressão moral’<sup>205</sup>, como resultado de um ‘contrato ou pacto’ entre cidadão e Estado ou até mesmo, simplesmente, resgatando os teóricos contratualistas, como direitos ‘inerentes’ à condição humana<sup>206</sup>. Foram várias as interpretações e continuam a surgir novas inspiradas, inclusive, na própria Declaração Universal dos Direitos do Homem<sup>207</sup>, a maioria delas, todavia, ainda fulcrada

---

<sup>205</sup> IGNATIEFF, Michel. *I. Human Rights as Politics. The Tanner Lectures on Human Values*. Delivered at Princeton University’s Center for Human Values. April 4–7, 2000, disponível em: [http://tannerlectures.utah.edu/documents/a-to-z/i/ignatieff\\_01.pdf](http://tannerlectures.utah.edu/documents/a-to-z/i/ignatieff_01.pdf). Consultado em: 03.12.2015.

<sup>206</sup> Para aprofundar a diferença entre essas duas concepções: BEITZ, Charles R. **The Idea of Human Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

<sup>207</sup> Dentre essa multiplicidade de discursos a envolver o tema dos direitos humanos, os quais, pela impossibilidade da profundidade que o debate requer, não se pretendeu examinar de forma detalhada no presente estudo, poder-se-ia citar, por exemplo, dois recortes inacabados dentre os discursos mais ‘universalistas’ e menos ‘relativistas’, como o de Michael Ignatieff que, a princípio, reconhece a relevância dos direitos humanos, como instrumento de proteção dirigido a todos os indivíduos de forma necessariamente universal, a partir da existência de certas evidências inerentes a todos seres humanos, a os igualarem, seja pela mesma capacidade de sentir dor, ou pelo fato de supostamente todos serem livres para realizar o bem ou evitar o mal, ou até mesmo de poderem e deverem ser responsabilizados por seus atos<sup>207</sup>. Segundo ele, o pilar para a fundamentação e a universalidade dos direitos humanos poderia residir, assim, na capacidade de todos os seres humanos de sentirem sofrimento ou dor. Brian Turner, por sua vez, propôs-se a elaborar o argumento de Ignatieff, no intuito de desenvolver uma robusta defesa do universalismo a partir da perspectiva da experiência comum de vulnerabilidade dos seres humanos. Ele assegura que os indivíduos apesar de não estarem expostos a uma realidade sociocultural comum, estariam sujeitos à dor e ao sofrimento porque são necessariamente vulneráveis. A intenção primária dele foi contribuir para o desenvolvimento dos estudos dos direitos humanos sobre a perspectiva da sociologia do corpo humano. Esse seria seu principal argumento contra o relativismo cultural e serviria de pilar suficientemente sólido para o discurso da generalidade dos direitos humanos. O seu estudo atribui ao corpo humano função central da teoria política e social e emprega a noção de vulnerabilidade humana para defender a universalidade dos direitos humanos. O seu argumento foi alicerçado no fato de os seres humanos serem biologicamente vulneráveis, necessitando construir instituições (especialmente políticas, familiares e culturais) para protegê-los dos infortúnios do mundo e prover-lhes segurança. Segundo o autor, os indivíduos precisariam do conforto das instituições sociais para fortificar suas existências individuais e, segundo ele, ainda que se considere que há particularidades completamente distintas nos valores presentes nas comunidades culturais, e diferenças biológicas intransponíveis entre os indivíduos, não se pode negar que há algo de único e intrínseco a todos os seres humanos. Todos os indivíduos são, cada um a sua medida, vulneráveis e é essa vulnerabilidade que gera a necessidade de salvaguarda, inclusive jurídica, proposta, pelos direitos humanos. Cf.IGNATIEFF, M. **Human Rights as Politics and Idolatry**. Princeton: Princeton University Press, 2001. TURNER, Bryan S.

numa ideia de direitos humanos dependente da proteção específica do Estado-nação e baseada no vínculo intrínseco entre cidadão e Estado, inspirado nos teóricos contratualistas e mantido, posteriormente, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Essa concepção de direitos humanos baseada na ideia da necessidade do vínculo Estado-indivíduo foi o paradigma adotado pelo mundo moderno centro-europeu, independentemente do tipo de interpretação que se atribuísse à natureza jurídica dos direitos humanos, da conceituação ou dos fins que fossem outorgados a esses direitos, mesmo com as fortes e severas críticas de diversos autores<sup>208</sup> e dos graves problemas enfrentados a partir das falhas e lacunas deixados por esse sistema de proteção dos direitos humanos essencialmente estatal, conforme se explicitará no próximo tópico.

---

**Vulnerability and human rights (Essays on human rights)** Pennsylvania: The Pennsylvania State University, 2006.

<sup>208</sup> Vide, por exemplo, ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, e NUSSBAUM, Martha C. **Fronteiras de Justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie**. São Paulo: Martins Fontes. Tradução Susana de Castro, 2013.

## **2. A ORDEM ESTATOCÊNTRICA E A CONSAGRAÇÃO DO MODELO DE PROTEÇÃO ESSENCIALMENTE ESTATAL DOS DIREITOS HUMANOS – COMPLEXIDADES E LACUNAS**

Desde as primeiras significações de direitos próprios do ser humano, sejam as originárias da antiguidade clássica centro-europeia ou as advindas das tradições orientais, a afirmação histórica dos direitos humanos foi marcada por mudanças e renovações quanto às suas fundamentações teóricas, os tipos de “bens” protegidos, as fontes de legitimação, os métodos hermenêuticos e tipos de interpretação, os modos de implementação desses direitos, os destinatários das normas, as consequências dos eventuais desrespeitos, entre outros.

Ao longo dos séculos novas justificações teórico-filosóficas surgiram, assim como novos tipos de direitos foram incluídos, bem como grupos antes não alcançados passaram a ser destinatários dos direitos humanos. O primeiro momento de reconhecimento da linguagem dos direitos humanos, logo após as revoluções liberais do século XVIII na Europa e nos Estados Unidos, foi marcado, todavia, pelo protagonismo do poder central estatal, único legitimado para controlar, resguardar e consolidar, em sua constituição, o catálogo dos direitos humanos, apenas por ele, protegidos e, desde então, essa espécie de proteção foi a que se manteve por vários anos.

A salvaguarda dos direitos humanos, destarte, dependia, desde aquele primeiro momento, de sua “constitucionalização” e do seu resguardo estatal, pois o poder central estatal era o exclusivo responsável por efetivá-la. Era, portanto, de domínio reservado ao Estado soberano. Seja porque a divulgação mais ampla e marcante das primeiras concepções de direitos individuais deveu-se, precipuamente, à expansão da tradição contratualista, cujos teóricos haviam incorporado aos seus estudos sobre o Estado as concepções de direito natural, seja porque a organização estatal e o poder central encontravam-se, nos primórdios do século XVIII, no ápice de sua ascensão como forma de organização social soberana, com uma independência reconhecida e respeitada; os direitos humanos principiariam sua incorporação ao mundo jurídico como responsabilidade exclusiva do domínio estatal soberano e assim mantiveram-se durante um bom período. Tanto que foi necessário o reconhecimento e

consolidação dos direitos humanos nos Estados para só após ser possível emergir um conceito de proteção internacional de direitos humanos<sup>209</sup>.

Ocorre que, mesmo após a expansão das ideias assentadas nas declarações fruto das Revoluções Estadunidense e Francesa, essa proteção essencialmente estatal dos direitos humanos manteve-se sem solucionar muitas das complexidades atinentes à proteção dos direitos individuais, pois diversos povos conservaram-se sem acolhimento em Estados ou sem constituir seu próprio Estado-nação, tendo permanecido, assim, sem qualquer proteção ou amparo.

Minorias identitárias sempre existiram, mas a partir do momento em que se consolida o Estado-nação como principal ente protetor dos direitos humanos, o problema das minorias passa a ser mais fortemente sentido, principalmente após a Primeira Guerra mundial, quando os Tratados das Minorias e a consolidação dos Estados-nação, tornam permanente a situação de diversos povos não albergados por um Estado. E, embora a intenção dos Tratados das Minorias, assinados logo após a Primeira Guerra, fosse proteger esses povos por meio da recém-criada Liga das Nações, tal proteção não se igualava à proteção propiciada pelos Estados<sup>210</sup>.

Nesse aspecto, as críticas de diversos autores são severas. Alguns estudiosos apontam, por exemplo, para a criação de duas categorias de indivíduos, após a incorporação dos Estados nacionais do dever de proteção de seus cidadãos. Seriam elas: a classe dos indivíduos privilegiados - dos cidadãos-nacionais -, que encontrariam em seu Estado todo o respeito e abrigo necessários para se salvaguardarem de violações e a classe dos indivíduos excluídos, sem qualquer amparo<sup>211</sup>.

---

<sup>209</sup> TOMUSCHAT, Christian. **Human Rights. Between Idealism and Realism**. New York: Oxford University Press, 2008. 2ª Edição.

<sup>210</sup> “Os Tratados das Minorias diziam em linguagem clara aquilo que até então era apenas implícito no sistema operante dos Estados-nações, isto é, que somente as pessoas da mesma origem nacional podiam gozar de toda a proteção das instituições legais, que os indivíduos de nacionalidade diferente precisavam de alguma lei de exceção até que, ou a não ser que, estivessem completamente assimilados e divorciados de sua origem. ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p.305.

<sup>211</sup> [...] “nos ordenamentos internos dos Estados liberal-democráticos, os antigos direitos naturais são consagrados e positivados pelas constituições como ‘universais’ e, portanto, como base da igualdade de todos os seres humanos. E, todavia, coincidindo seu ‘universo’ jurídico-positivo com o do ordenamento interno do Estado, os direitos do ‘homem’ acabam de fato por se achatar sobre os direitos do ‘cidadão’. Dessa forma a cidadania, se internamente representa a base da igualdade, externamente age como privilégio e como fonte de discriminação contra os não-cidadãos. A ‘universalidade’ dos direitos humanos resolve-se, conseqüentemente, numa universalidade parcial e de parte: corrompida pelo hábito de reconhecer o estado como única fonte de

Alguns, como Michael Ignatieff, ainda asseveram que justamente os indivíduos que mais precisariam da salvaguarda estatal - exatamente os imigrantes, refugiados, apátridas, pertencentes aos cinturões de minorias identitárias sem acolhimento por qualquer Estado - estariam sem proteção alguma, enquanto os membros dos seguimentos populacionais mais privilegiados economicamente e menos vulneráveis seriam os que estariam mais plenamente amparados pela proteção estatal, embora não fossem tão vulneráveis quanto os outros grupos, o que geraria uma grave contradição<sup>212</sup>.

Hannah Arendt, por seu turno, elenca as diversas minorias e grupos de apátridas, que, após os Tratados de Paz pactuados ao término da Primeira Guerra mundial, permaneceriam desamparados e impedidos, por diversos fatores políticos, históricos e econômicos de formar seu próprio Estado-nação ou de serem devidamente acolhidas por outro Estado<sup>213</sup>. Ela assevera, inclusive, que os Tratados de Paz teriam tentado resolver o problema da Europa oriental e meridional, sem atentar para a profundidade e complexidade das dificuldades que estavam a tentar solucionar<sup>214</sup>. Criavam-se, assim, Estados-nação em territórios nos quais não havia uma homogeneidade populacional ou tradição de fixação ao solo por parte das coletividades lá existentes e buscava-se sanar as lacunas por meio de

---

direito e, portanto, pelos mecanismos de exclusão por este desencadeados para os não-cidadãos; e ao mesmo tempo, pela ausência, também para os próprios cidadãos, de garantias supra-estatais de direito internacional contra as violações impunes de tais direitos cometidos pelos próprios Estados”. FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 35

<sup>212</sup> Cf. IGNATIEFF, Michael. **The needs of strangers**. New York: Picador, 2001.

<sup>213</sup> ... “como resultado da liquidação dos dois Estados multinacionais europeus antes da guerra – a Rússia e a Áustria-Hungria – surgiram dois grupos de vítimas, cujo sofrimento foi diferente de muitos outros grupos, no intervalo entre as duas guerras mundiais; ambos estavam em pior situação que as classes médias despossadas, os desempregados, os pequenos rentiers, os pensionistas aos quais os eventos haviam privado da posição social, da possibilidade de trabalhar e do direito a ter propriedades: eles haviam perdido aqueles direitos que até então eram tidos e até definidos como inalienáveis, ou seja, os Direitos do Homem. Os apátridas e as minorias, denominados com razão ‘primos em primeiro grau’, não dispunham de governos que os representassem e protegessem e, por isso, eram forçados a viver ou sob as leis de exceção dos Tratados das Minorias – que todos os governos (com exceção da Tchecoslováquia= haviam assinado sob protesto e nunca reconheceram como lei -, ou sob condições de absoluta ausência de lei.” ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p.305.

<sup>214</sup> “...Mas pensar que fosse possível criar Estados-nações pelos métodos dos Tratados de Paz era simplesmente absurdo.[...] os tratados aglutinaram vários povos num só Estado, outorgaram a alguns o status de “povos estatais” e lhes confiaram o governo, supuseram silenciosamente que os outros povos nacionalmente compactos (como os eslovacos na Tchecoslováquia ou os croatas e eslovenos na Iugoslávia) chegassem a ser parceiros no governo, o que naturalmente não aconteceu, e, com igual arbitrariedade, criaram com os povos que sobraram um terceiro grupo de nacionalidades chamadas minorias, acrescentando assim aos muitos encargos dos novos Estados o problema de observar regulamentos especiais, impostos de fora, para uma parte de sua população.” ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p.303.

tratados de minorias, que muitas vezes restavam esvaziados, sem efetividade<sup>215</sup>. A autora ainda ressalta o caso das minorias que foram assimiladas, contra a sua vontade, em vários Estados-nação<sup>216</sup>.

Vale ressaltar, ainda, o problema dos apátridas, grupo em contínuo crescimento, formado por pessoas sem vínculo com qualquer Estado que, a cada guerra ou conflito, seja interno ou internacional, tende a crescer, cada vez mais, formando uma grande massa, constituída, inclusive, por crianças recém-nascidas cujas mães, separadas de seus companheiros, muitas vezes por guerras sangüinárias, permanecem sem o direito de transmitir a sua nacionalidade a seus filhos, em razão de leis patriarcais<sup>217</sup>. Sem olvidar de mencionar a questão dos refugiados, desnacionalizados de seus Estados de origem e expulsos por atos de guerra, iniciativa bastante comum, inclusive depois da Segunda Guerra mundial.

O período subsequente à II Guerra Mundial marcou, todavia, o aumento da tendência, já presente no século anterior, ainda que em menor escala, de um possível mudança de paradigma, na tentativa, inclusive de resolver muitas dessas questões problemáticas advindas da proteção essencialmente estatal dos direitos humanos. Caminhou-se, assim, no sentido de a salvaguarda dos direitos humanos ultrapassar o âmbito da ordem interna de cada Estado.

Vários foram os esforços dirigidos nesse sentido, inclusivamente, ainda na pendência da grande guerra, quando, por exemplo, em agosto de 1941, a Carta do *Atlântico*, dirigiu-se explicitamente aos indivíduos e não aos Estados, balizando uma proteção

---

<sup>215</sup> “os architectos dos Tratados das Minorias não previram a possibilidade de transferências maciças de população, nem o problema de pessoas tornadas indeportáveis por falta de um país que as quisesse acolher. As minorias podiam ser olhadas ainda como fenômeno excepcional, peculiar a certos territórios que diferiam da “norma”. Era um agumento sempre tentador, pois deixava intacto o próprio sistema; e, de certa forma, sobreviveu à Segunda Guerra Mundial, cujos pacificadores, convencidos da impraticabilidade dos tratados de minorias, puseram-se a “repatriar” o maior número possível de nacionalidades, a fim de desembaralhar o “cinturão de populações mistas”. ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p.309-310.

<sup>216</sup> “Nem a Liga das Nações nem os Tratados das Minorias teriam evitado que os Estados recém-estabelecidos assimilassem as suas minorias mais ou menos à força. O fator mais poderoso contra a assimilação era a fraqueza numérica e cultural dos chamados povos estatais. A minoria russa ou judaica da Polônia não considerava a cultura polonesa superior à sua, e nem uma nem outra se impressionava muito com o fato de os poloneses constituírem cerca de 60% da população da Polônia. ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p.306.

<sup>217</sup> Pelos números do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, em 2014, o número seria de aproximadamente 10 milhões de apátridas e a cada dez minutos nasceria um novo apátrida. Cf. em Agência Brasil: <http://m.agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2014-11/onu-lanca-campanha-para-erradicar-apatridas-dentro-de-dez-anos>, consultado em 12.12.2015.

internacional de direitos humanos, que longe de afastar a importância dos Estados, baseou-se em uma salvaguarda internacional, mas dependente da ação interna dos Estados e tal paradigma ainda permanece firme ao longo dos anos<sup>218</sup>, merecendo uma análise mais pormenorizada a sopesar os seus malefícios e benefícios para os indivíduos no mundo contemporâneo.

### **2.1.O Estado como construtor e protetor dos direitos humanos e a incorporação pela ordem jurídica estatal das ‘mutações’ dos Direitos Humanos**

Essa ordem jurídica internacional, formatada após a Paz de Vestfália, que encontraria na figura do Estado soberano, independente e autônomo seu elemento central e principal ente de proteção dos direitos humanos, permaneceria intocada ao longo de muito tempo. A concentração de poder, não mais subordinado a outras instituições como o Papado ou o Império, e a centralização da autoridade soberana sobre os indivíduos em seu território, colaboraria para a emergência do Estado moderno como instituição essencial ao integral implemento e efetiva concretização dos direitos humanos e também, paradoxalmente, principal fonte de ameaça à fruição desses mesmos direitos<sup>219</sup>.

A partir da solidificação do instituto “Estado” e, da consagração da ordem vestfaliana, a fé em uma verdadeira ‘emancipação popular’, e em uma vida com possibilidade de se gozar plenamente das liberdades propiciadas pelos direitos humanos, passaria a concentrar-se, cada vez mais, como lembram, por exemplo, Hannah Arendt e Michael Ignatieff<sup>220</sup>, na noção de uma soberania nacional e de um Estado próprio. A propagação dessa

---

<sup>218</sup> Assim explicita COUTINHO, Luís P. Pereira. **A Realidade Internacional. Introdução à Teoria das Relações Internacionais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p157.

<sup>219</sup> DONNELLY, Jack. **Universal Human Rights. In Theory and Practice**. New York: Cornell University Press. 2013, 3ª Edição. p.33.

<sup>220</sup> Sobre esse ponto Hannah Arendt enfatiza que “ a população nacionalmente frustrada, estava firmemente convencida – como, aliás, todo o mundo – de que a verdadeira liberdade, a verdadeira emancipação e a verdadeira soberania popular só podiam ser alcançadas através da completa emancipação nacional, e que os povos privados do seu próprio governo nacional ficariam sem a possibilidade de usufruir dos direitos humanos. Essa convicção, baseada no conceito da Revolução Francesa que conjugou os Direitos do Homem com a soberania nacional, era reforçada pelos próprios Tratados das Minorias, os quais não confiavam aos respectivos governos a proteção das diferentes nacionalidades do país, mas entregavam à Liga das Nações a salvaguarda dos direitos daqueles que, por motivos de negociações territoriais, haviam ficado sem Estados nacionais próprios, ou deles separados, quando existiam.” ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p.305.

ideia de dependência dos direitos humanos da formação de um Estado nacional, partiria, de certa forma, da convicção, advinda da Revolução Francesa, e já mencionada no capítulo anterior, de que os Direitos do Homem estariam estritamente atrelados à soberania nacional.

De fato, após os marcos político e jurídico da Paz de 1648 e das Revoluções Francesa e Estadunidense, e a partir do momento em que se passa a aceitar a ideia de que aos homens caberia organizar o Estado e a sua vontade de acordo com sua razão, assim como que a Constituição de cada Estado seria elaborada pelo poder constitucionalizador incorporado, na acepção de Sièyes, na ideia de nação, marcado por um direito único em um determinado território, ou seja, por um 'direito de soberania'; os direitos humanos começam a ser compreendidos como responsabilidade desse poder central estatal<sup>221</sup>, considerado instituição apta e indicada para verbalizar e proteger esses direitos, inclusivamente porque seria o ente capaz de dar estabilidade à coletividade por ele organizada.

Nesse aspecto, Hannah Arendt relembra que, naquele período, pós-revoluções, no qual se formava uma “família de nações”, havia a crença de que a realização do indivíduo necessariamente subordinar-se-ia à emancipação soberana de seu povo-nação, assim como toda a responsabilidade pela proteção dos direitos humanos recairia nesse mesmo Estado-nação emancipado<sup>222</sup>, ente ímpar, percebido como capaz de manter uma ordem social, política e econômica estável e segura o suficiente para garantir a proteção dos direitos de seus cidadãos<sup>223</sup>.

Disso resulta que, naquele período posterior às Revoluções Francesa e Estadounidense, a caminho de uma configuração estatocêntrica da sociedade, e com a viabilidade do exercício exclusivo do monopólio do poder estatal e de suas funcionalidades, sem outras interferências, perante um território, bem assim com a incorporação das ideias fundacionistas ao pensamento revolucionário, e o prevalecimento da concepção de um Estado soberano, resumido em um ente imaterial, que incorporaria em si todas as multiplicidades de

---

<sup>221</sup> LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p.170 e ss.

<sup>222</sup> “Toda a questão dos direitos humanos foi associada à questão da emancipação nacional; somente a soberania emancipada do povo parecia capaz de assegurá-los – a soberania do povo a que o indivíduo pertencia. Como a humanidade, desde a Revolução Francesa, era concebida à margem de uma família de nações, tornou-se gradualmente evidente que o povo, e não o indivíduo, representava a imagem do homem.” ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p.325.

<sup>223</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkesk. **A teoria Pluriversalista do Direito Internacional**, São Paulo: Martins Fontes, 2011. p.77 e ss.

vontades do povo; o pensamento liberal-democrático passaria a defender mais acirradamente a necessidade de se estabelecer limites ao poder, até então, considerado livre do monarca soberano.

A partir da consolidação desse modelo de soberania nacional para o Estado moderno, único paradigma válido para a organização social; esse poder ilimitado, caracterizado pela unicidade, imprescritibilidade e indivisibilidade, passaria a ser confrontado pelos limites impostos pelos direitos constitucionalmente garantidos, adequando-se aos direitos individuais de liberdade, bem assim passaria a ser identificado como única fonte de proteção de direitos dos cidadãos.

O Estado soberano tornar-se-ia, assim, um “Estado de direito”. A soberania estatal passaria a ser considerada uma “soberania constitucional” e o processo de racionalização pelo qual passou o Estado moderno finalmente termina sua migração do âmbito filosófico para o político-jurídico<sup>224</sup>. A soberania do Estado passaria, destarte, a emanar e a ser um elemento resultante do processo de jurisdicalização do poder originário do povo, alcançando uma forma superior e impessoal, confundindo-se com a soberania do ordenamento jurídico. Todos esses elementos de consolidação do Estado como ente forte, autônomo e soberano favoreceriam o crescimento e a solidificação do respeito aos direitos humanos dentro do ordenamento jurídico estatal.

Essa ideia de soberania que termina por fortalecer o Estado moderno, como independente e autônomo perante influências exógenas, também terá sua vertente ‘interna’, aquela que lhe atribuirá autoridade única sobre seus cidadãos. Essa vertente, todavia, passará a ser limitada pela ordem jurídica a ser elaborada por cada Estado<sup>225</sup>, ordem essa que incluirá o dever de proteção dos direitos individuais do ser humano.

Ao indivíduo passar-se-ia, assim, a garantir o reconhecimento jurídico de seus direitos intrínsecos, ao tempo que lhe assegurar-se-ia uma ordem supostamente estável, sólida, parametrizada pelo ordenamento jurídico constitucional e direcionada por um poder central

---

<sup>224</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkesk. **A teoria Pluriversalista do Direito Internacional**, São Paulo: Martins Fontes, 2011. p.112 e ss.

<sup>225</sup> Anderson Vichinkesk. **A teoria Pluriversalista do Direito Internacional**, São Paulo: Martins Fontes, 2011. p.87 e ss.

previsível, legitimado pelo desejo da população e restrito pela vontade desse mesmo povo<sup>226</sup>, ideal, portanto, à proteção dos direitos individuais do ser humano.

Os dois institutos: “Estado de direito” e “Direitos humanos”, estabelecer-se-iam, destarte, no mundo moderno, de forma concomitante, como instrumentos necessários e bastantes, se utilizados em conjunto, à salvaguarda das liberdades individuais dos cidadãos de cada Estado. Os direitos individuais consolidar-se-iam, assim, como ‘contrapeso’ ao poder estatal, evitando arbitrariedades.

A própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu artigo 3º, assim como outros instrumentos, consolidou tanto a ideia de Estado-nação em seus artigos, quanto a acepção de direitos humanos, introduzindo no âmbito jurídico esses valores tradicionalmente abstratos. Paulatinamente, a linguagem dos direitos humanos passaria a fazer parte da parametrização jurídica de diversos Estados soberanos, impondo obrigações aos poderes centrais estatais também recentemente reconhecidos.

A partir do momento em que passa a ser acobertada e recepcionada pelo regime jurídico, a ideia dos direitos humanos, apesar de ainda imprecisa e incipiente, já leva ao único ente que, naquela época, apresentava perspectiva de estabilidade atemporal, a função de cristalizar, em sua ordem normativa interna, as quatro condições de fruição dos direitos humanos. Seriam elas: os beneficiários dos direitos; os objetos que materializariam o conteúdo do direito; o responsável pela materialização desse direito e os tipos de sanções possíveis no caso de descumprimento dessas obrigações<sup>227</sup>.

Bem de ver, nessa estapa histórica, precisamente em razão da preponderância da organização estatal na europa central e de sua crescente expansão para outros continentes, o poder central do Estado soberano seria a instituição mais acessível para dar efetividade e proteger os direitos humanos<sup>228</sup>, justamente por isso concentrar-se-ia em si, no mínimo três funções imprescindíveis à salvaguarda dos direitos humanos: a autoridade de reconhecer e de normatizar, em suas legislações, os direitos humanos; o dever de respeitar, em sua atuação

---

<sup>226</sup> Anderson Vichinkesk. **A teoria Pluriversalista do Direito Internacional**, São Paulo: Martins Fontes, 2011, p.112 e ss.

<sup>227</sup> Condições definidas por HAARSCHER, Guy. **A filosofia dos direitos do homem**. Lisboa: Instituto Piaget.1993.p.51.

<sup>228</sup> DONNELLY, Jack. **Universal Human Rights. In Theory and Practice**.New York: Cornell University Press.2013, 3º Edição.p.34.

cotidiada, os limites oriundos dos direitos humanos; e a obrigação de executar e implementar esses mesmos direitos.

Destarte, ao Estado soberano, ente organizacional que encontraria amplo sustentáculo teórico-filosófico e jurídico a legitimar sua autonomia, caberia, em realidade, a própria determinação do teor dos direitos humanos e de todos os deveres correlacionados, pois apenas o ente estatal central conferiria legitimidade aos órgãos responsáveis por todos os aspectos da proteção dos direitos humanos, ou seja, pela execução, legislação e jurisdição. E a atuação conjunta desses órgãos irremediavelmente prescreveria a única ‘correta’ interpretação quanto ao conteúdo desses direitos, assim como seus limites e a sua adequada forma de aplicação.

Nesse momento, ainda que algumas cautelas para uma proteção internacional dos direitos humanos emergissem como necessárias, e mesmo que instrumentos internacionais resguardassem a proteção de certos direitos humanos em determinadas situações, ainda assim, a salvaguarda desses direitos seria essencialmente estatal. Permanecia imprescindível, portanto, que esses mesmos direitos se consolidassem nacionalmente primeiramente para que uma aceção de uma salvaguarda transconstitucional pudesse ser pensada e vir a despontar num futuro próximo<sup>229</sup>. Note-se, nesse aspecto, inclusive, que algumas incipientes tratativas para uma proteção mais abrangente dos direitos individuais já principiavam, mas sempre submetidas às ordens estatais, como, por exemplo, a Declaração de abolição do tráfico de escravos, adotada em 1815, na Conferência de Paz de Viena, um dos primeiros documentos internacionais a proibir uma prática profundamente relacionada aos direitos individuais.

A própria Declaração dos Direitos Humanos cristalizou a proteção essencialmente estatal dos seres humanos em vários artigos, bem como buscou salvaguardar o direito dos indivíduos, partindo da premissa de que tais indivíduos estariam, via de regra, albergados por algum Estado, ou quando não estivessem, teria a oportunidade de buscar abrigo em qualquer Estado. Nesse aspecto a Declaração foi clara em seus artigos 13º e 15º, por exemplo, ao consagrar que *“toda a pessoa tem o direito de livremente circular e escolher sua residência no interior de um Estado”*, assim como que *“todo indivíduo tem direito a ter uma nacionalidade”* e que *“ninguém pode ser arbitrariamente privado de sua nacionalidade nem*

---

<sup>229</sup> TOMUSCHAT, Christian. **Human Rights. Between Idealism and Realism**. New York: Oxford University Press, 2008. 2º Edição, p.14.

do direito de mudar de nacionalidade”, assegurando expressamente o acolhimento do indivíduo por um Estado para que possa ter acesso a uma proteção plena de seus direitos primordiais.

Observa-se, destarte, que, embora estivessem em progresso várias tentativas de se ampliar a proteção internacional dos direitos humanos, a fé dos indivíduos na proteção de seus direitos pelo ente estatal permaneceria forte e inalterada, na contramão de uma proteção meramente internacional, tal como, no período lembrado por Hannah Arendt, após o término da Revolução Francesa e Estadounidense, em que se acreditava firmemente no poder e na eficácia de um Estado soberano.

Note-se, inclusive, que, com a consagração do sistema Vestfaliano pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e a consolidação do instituto da soberania e da responsabilidade do Estado pela salvaguarda dos direitos de seus albergados, essa confiança das comunidades em um ente estatal capaz de lhe proteger plenamente apenas se acirraría, fazendo com que comunidades desamparadas aumentassem sua busca pela criação de Estados-nação que lhe fossem próprios<sup>230</sup>, gerando, assim, diversos conflitos e guerras pela divisão de Estados ou pela criação de novos Estados com os quais fosse possível aos povos desamparados formar um vínculo de verdadeiro de ‘pertencimento’ e nacionalidade.

---

<sup>230</sup> Quanto a esse ponto, no mesmo sentido de ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, pp 300-315, IGNATIEFF ressalta que mesmo após a elaboração da Declaração dos Direitos Humanos, em 1948, que asseguraria uma proteção ampla a todos os indivíduos, a fé dos grupos colonizados e de minorias oprimidas na formação de seu próprio Estado soberano superava qualquer crença em um regime de proteção internacional dos direitos humanos. Ele relembra o exemplo da comunidade do Estado de Israel, que apesar de ter servido de inspiração direta aos debates para a elaboração da Declaração de direitos humanos, manteve-se descrente dos benefícios, ainda incertos, de uma proteção universal dos seus direitos, ainda que assegurados por outros Estados-nação, seguindo, destarte, firme nas tentativas de constituir um Estado próprio, capaz de efetivamente resguardar seus direitos. E esse pensamento foi partilhado pelos grupos mais vulneráveis, ou seja, pelas minorias apátridas e comunidades deslocadas obrigadas e se integrarem a maiorias de outras etnias e famílias identitárias para buscarem algum tipo de acesso aos seus direitos básicos. Nas suas palavras, que serão mantidas em sua versão original, assim descreve o autor: “*But colonial groups and oppressed minorities have put more faith in obtaining a state of their own than in the protection of international human rights regimes. The classic case of this preference for national rights rather than human rights is, of course, the state of Israel. The Universal Declaration was, in large measure, a response to the torment of the Jewish people. Yet the survivors’ overwhelming desire to create a Jewish state, capable of de-fending Jews everywhere against oppression, reveals that they trusted more to the creation of a state of their own than to the uncertain benefits of universal human rights protection within other people’s national states. Those who stand most in need of human rights protection in the modern world—homeless, stateless peoples, minorities at the mercy of other ethnic or religious majorities—tend to seek collective self-determination, preferably in the form of a defensible state of their own or, if the situation allows, self-rule within an autonomist or federal association with another people.*” IGNATIEFF, Michel. **I. Human Rights as Politics. The Tanner Lectures on Human Values**. Delivered at Princeton University’s Center for Human Values. April 4–7, 2000, disponível em: [http://tannerlectures.utah.edu/documents/a-to-z/i/ignatieff\\_01.pdf](http://tannerlectures.utah.edu/documents/a-to-z/i/ignatieff_01.pdf). Consultado em: 03.12.2015

Sendo assim, apesar de iniciativas esparsas de se instituir uma proteção mais global dos direitos humanos, o Estado manteve-se como o principal legislador responsável por catalogar e documentar os “bens” do ser humano merecedores de proteção no âmbito jurídico-político, bem como principal destinatário das ordens por ele emitidas, absorvendo, em si, em momentos históricos distintos, duas dimensões da proteção dos direitos humanos: primeiramente o dever negativo, ou seja, a obrigação de abster-se de qualquer interferência indevida ou arbitrária na vida de seus cidadãos, seja no âmbito individual, social ou político; e, posteriormente, o dever positivo de não apenas permitir, mas também de implementar o exercício efetivo dos direitos inerentes aos indivíduos<sup>231</sup>.

Cada Estado passou a ter, no seu território, a autoridade e responsabilidade de evitar arbitrariedades e excessos, como também a função, se assim optasse em suas legislações internas, de prover todos os serviços e ferramentas necessárias ao efetivo implemento e proteção dos direitos humanos, incorporados ao seu ordenamento jurídico nacional<sup>232</sup>. Os indivíduos, destarte, necessitariam imprescindivelmente da figura central estatal para exercer seus direitos recém reconhecidos juridicamente.

Num primeiro momento, conforme mencionado alhures, como resultado direto do contexto de emergência e desenvolvimento das burguesias, a primeira dimensão de direitos humanos a ser reconhecida amplamente seria aquela correspondente à liberdade inviolável e inerente a cada cidadão<sup>233</sup>. Esses conhecidos direitos de primeira ‘dimensão’ estariam definidos nas constituições e leis civis, como os ‘direitos-liberdades’ passíveis de serem impostas por todos os cidadãos frente ao abuso do poder do Estado<sup>234</sup>. Seriam direitos oriundos, em sua acepção comum, de um sistema de valores fundamentalmente individualista<sup>235</sup>.

---

<sup>231</sup> DONNELLY, Jack. **Universal Human Rights. In Theory and Practice.** New York: Cornell University Press. 2013, 3ª Edição. p.34.

<sup>232</sup> Quanto aos deveres de proteção positiva, no tocante aos direitos humanos de ‘primeira dimensão’ há controvérsias entre os autores. Nesse ponto segue-se a interpretação expansiva das atribuições do Estado de DONNELLY, Jack. **Universal Human Rights. In Theory and Practice.**

<sup>233</sup> HAARSCHER, Guy. **A filosofia dos direitos do homem.** Lisboa: Instituto Piaget. 1993. p.45 e ss.

<sup>234</sup> GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno.** São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.335.

<sup>235</sup> HAARSCHER, Guy. **A filosofia dos direitos do homem.** Lisboa: Instituto Piaget. 1993. p.45.

Tais direitos, apesar de inicialmente destinados à proteção da liberdade individual do civil frente aos crescentes poderes intrusivos e abusivos do poder central estatal, não deixariam de demandar um comportamento ativo do Estado, implementando ferramentas imprescindíveis ao seu livre exercício, de modo a permitir a usufruição plena desses direitos<sup>236</sup>.

Uma vez oriundos da ideia de liberdade ‘universalmente’ reconhecida nas declarações do século XVIII e incorporados ao ordenamento constitucional e civil, exigiriam dos Estados principalmente uma função passiva de abstenção de interferências indevidas no espaço reservado de liberdade do indivíduo, quanto ativa, garantindo o mínimo necessário ao exercício dos direitos pelos civis<sup>237</sup>.

A necessidade de uma atuação ativa dos Estados passaria a ser mais sentida, todavia, quanto aos direitos conhecidos como de segunda ‘dimensão’, os voltados aos direitos econômicos e sociais e não apenas civis e políticos. Essa nova categoria de direitos humanos passaria a exigir uma intervenção mais robusta do poder central estatal e paulatinamente passaria a ser reconhecida e confirmada nas constituições e nos ordenamentos internos vindouros. Seus grandes marcos são, no âmbito latino-americano, a Constituição Mexicana de 1917, que viria a regular o direito ao trabalho e à previdência social, e, no âmbito europeu, a Constituição de Weimar de 1919 que igualmente confirmaria as obrigações estatais de proteção dos direitos sociais<sup>238</sup>.

A incorporação dessa nova extensão de direitos às constituições estatais, todavia, não foi necessariamente linear, eis que dois modelos teriam emanado dos direitos humanos e, enquanto em alguns Estados ainda não haviam introduzido no ordenamento jurídico os direitos-liberdades, em outros já se consolidavam os direitos sociais e econômicos. Nesse ponto, o marco internacional de grande relevância para o reconhecimento desses direitos sociais e econômico, o Tratado de Versailles, que criaria a Organização Internacional do

---

<sup>236</sup> Quanto a essa função ativa compartilha-se uma concordância à visão de uma competência mais ampla do Estado nos moldes expressos por DONNELLY, Jack. **Universal Human Rights. In Theory and Practice.**New York: Cornell University Press.2013, 3º Edição.p.35.

<sup>237</sup> DONNELLY, Jack. **Universal Human Rights. In Theory and Practice.**New York: Cornell University Press.2013, 3º Edição.p.35.

<sup>238</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional.**São Paulo: Saraiva.5º Edição. 2015., p.127.

Trabalho, reconhecendo os direitos dos trabalhadores, teria sido assinado muito antes de alguns Estados confirmarem juridicamente a existência desses direitos<sup>239</sup>.

Mais uma vez se perceberia a intenção de providenciar uma proteção dos direitos humanos não limitada a uma salvaguarda nacional. A subordinação e dependência da proteção à ordem estatal, todavia, permaneceria intacta ao longo de vários séculos, inclusive quanto aos novos direitos sociais e econômicos, embora esses ordenamentos internacionais impulsionassem consideráveis avanços nos ordenamentos internos.

Nesse aspecto, vale ressaltar que a mutação dos direitos a serem protegidos pelo Estado apenas incluiu novas categorias de direitos, mas não novas categorias de indivíduos distintos dos cidadãos-nacionais, do que tal movimento de inclusão de novos direitos, os chamados, 'direitos-créditos', embora representasse um progresso na consolidação dos direitos humanos como linguagem jurídica mais ampla e protetiva, não poria fim aos problemas de proteção de não-cidadãos pelos Estados ou à vulnerabilidade dos indivíduos pertencentes aos 'cinturões' de minorias desprotegidas. Apenas por meio da tentativa de elaboração de tratados e leis esparsas direcionadas às minorias sem pátria ou não devidamente acolhidas por nenhum Estado é que se buscava salvaguardar os direitos também dos não plenamente recebidos por um Estado-nação, o que tampouco resolveria todos os problemas de integração e proteção dos indivíduos<sup>240</sup>.

Essa ampliação da compreensão e da extensão dos direitos do homem, todavia, representa um avanço válido da construção dos direitos humanos e seria resultado da própria mutação das formas sociais de existência e da emergência da ideologia das revoluções socialistas centro-europeias, a partir das quais não se poderia mais evitar o reconhecimento

---

<sup>239</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional**. São Paulo: Saraiva. 5ª Edição. 2015. p.130.

<sup>240</sup> "Só após a queda dos últimos remanescentes da autocracia europeia ficou claro que a Europa havia sido governada por um sistema que nunca levou em conta as necessidades de pelo menos 25% da sua população. Esse mal, contudo, não foi sanado pela criação dos Estados sucessores dos impérios desmembrados, porque cerca de 30% dos seus quase 100 milhões de habitantes eram oficialmente reconhecidos como exceções a serem especialmente protegidas por tratados de minorias. Além disso, esse algarismo de modo algum conta toda a história: apenas indica a diferença entre povos com governo próprio e aqueles que supostamente eram pequenos ou dispersos demais para obterem o direito de atingir o status pleno de nação. Assim mesmo, os Tratados das Minorias protegiam apenas nacionalidades das quais existia um número considerável em pelo menos dois Estados sucessórios, mas não mencionaram, deixando-as à margem de direito, todas as outras nacionalidades sem governo próprio, concentradas num só país, de sorte que, em alguns desses Estados, os povos nacionalmente frustrados constituíam 50% da população local." ARENDT, ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p.305.

legal dos ‘direitos-créditos’, que incluiriam o direito a um trabalho digno e a condições econômicas capazes de assegurar uma existência segura<sup>241</sup>.

Diferentemente dos ‘direitos-liberdades’ que regem as áreas da vida individual nas quais o Estado não pode interferir ou desrespeitar, esses nóveis ‘direitos-créditos’ traduziriam esse débito cobrável que o Estado possui perante os seus cidadãos, dívida essa que pode ser integralmente exigida por um cidadão ou uma coletividade e liquidada em forma de prestações e serviços.

Ao se tirar o foco da atenção da comunidade burguesa e institucionalizar novas formas de proteção voltadas aos ‘direitos-créditos’ e não mais apenas aos ‘direitos-liberdades’ tal como pretendia o seguimento burguês, observa-se uma tentativa de redirecionar a proteção dos seres humanos também às camadas populacionais menos privilegiadas economicamente, num esforço de sanar uma das grandes críticas que diversos autores fazem à utilização elitista dos direitos humanos.

Ao se dar a esses direitos o mesmo estatuto e reconhecimento jurídico dos direitos individuais se exigiria do Estado consideráveis prestações, assim como uma robusta intervenção estatal na seara econômica. Ao núcleo de poder estatal se imporia uma sólida interferência em numerosos outros processos sociais, diferentemente dos direitos de primeira dimensão<sup>242</sup>.

Posteriormente, já no século XX, como resultado direto das reivindicações surgidas, ao longo dos séculos para suprir as lacunas normativas sentidas, novos direitos foram incorporados ao rol de direitos reconhecidamente humanos. Essa terceira ‘dimensão’ de direitos incluiria o direito à paz, a um meio ambiente protegido, a um desenvolvimento harmonioso das culturas, entre outros, tudo com o objetivo, não apenas de obstar arbitrariedades estatais, mas de inverter completamente o papel subjugador do Estado, transformando-o em um ente destinado a impulsionar e a promover dos direitos humanos.

---

<sup>241</sup> GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.337 e ss.

<sup>242</sup> No dizer de HAARSCHER, Guy. **A filosofia dos direitos do homem**. Lisboa: Instituto Piaget.1993.p.48. “Passa-se assim da noção de um « um mínimo» de Estado, limitado a tarefas de proteção das liberdades, à de Estado-providência ( *Welfare State*), vendo as suas prerrogativas aumentarem à medida que a procura se desenvolve.”

Nesse quadrante histórico de responsabilidade eminentemente estatal pela normatização e proteção dos direitos humanos, lacunas e falhas terminaram por escapar, todavia, à prática e à normatividade construídas pelos Estados, ainda que sob a influência da ideologia “universalisante” das revoluções, eis que enquanto uns Estados priorizariam certas espécies de direitos, maximizariam outras, instituindo modelos e elencos de direitos distintos, o que certamente, levaria esses Estados a algumas omissões peculiares a depender dos interesses primordiais dos Estados.

A autonomia inerente à figura estatal permitiria, assim, que sistemas diversos de proteção de direitos humanos fossem instituídos em cada Estado soberano. Modelos esses, em alguns momentos, incompletos porque, muitas vezes, voltados apenas à salvaguarda de algumas espécies de direitos em prejuízo de outras. Esses arquétipos de proteção seletiva, enquanto não incluíssem em seus dispositivos normativos a proteção de outras ‘dimensões’ de direitos, terminariam por gerar vácuos e lacunas normativas, não oferecendo uma proteção plena e ampla dos indivíduos sob sua tutela.

A guarda dos direitos humanos, todavia, apesar de todas as insuficiências, ainda seria função precípua do poder central estatal soberano e independente e, apesar da segurança que a constitucionalização dos direitos humanos proporcionaria, bem como da estabilidade do Estado soberano advinda de sua consolidação constitucional; dificuldades de diversos âmbitos - normativo, político, institucional, social, dentre outros – terminariam por obstar a efetiva proteção dos direitos humanos pelos Estados soberanos, sem, contudo, afastar, por completo, a proteção mediata dos direitos humanos pelos Estados.

Note-se, à propósito, o caso dos direitos aos quais usualmente atribui-se a significação de primeira ou de segunda dimensão. Tais direitos, apesar de dificilmente serem percebidos como absolutos, mas sim relativos, envolvem dificuldades práticas para a sua salvaguarda. As duas categorias exigem técnicas de fruição distintas, uma diretamente dependente da proteção estatal e outra capaz de sofrer um tipo de proteção imediata, com a interferência direta de organismos internacionais, mas sempre a partir da prolação de um acordo ou convenção dependente da aceitação do Estado nacional envolvido.

Quanto aos direitos de primeira dimensão, por exemplo, a iniciativa de exigir o direito parte do indivíduo e compete ao Estado resguardar a liberdade do indivíduo por meio

de seu poder executivo, ação essa controlável pelo poder judiciário, tudo nos termos das leis elaboradas pelo poder legislativo, nos limites da Constituição. Quanto aos direitos de segunda dimensão, o indivíduo busca que o Estado amplie seus serviços públicos ou lhe propicie o fornecimento de determinado bem ou serviço.

Nos dois casos, apesar de serem formas de salvaguarda distintas, a proteção dos direitos segue sendo mediata, com a esperada interferência estatal, embora, no caso dos direitos-liberdades, possa-se pensar em uma atuação direta dos organismos internacionais. Tanto que o sistema de tutela de direitos da Organização das Nações Unidas elaborou dois pactos distintos direcionados à proteção desses direitos, após a promulgação da Declaração dos Direitos do Homem: um pacto para os direitos civis e políticos e outro para os direitos econômicos e sociais.

Os direitos civis e políticos, portanto, comportariam o processo de reclamação ou petição individual a um organismo internacional, o qual poderia vir a gerar, por exemplo, uma garantia específica de não interferência a ser estabelecida pelos Estados componentes do sistema ONU em uma convenção a ser elaborada por esses mesmos Estados membros. Os direitos econômicos-sociais e culturais, por seu turno, em razão de suas peculiaridades como ‘metas’ a serem alcançadas paulatinamente por meio, sempre, da atuação do Estado; não permitiriam uma aplicação imediata.

No segundo caso, o acompanhamento da proteção do direito, no plano internacional, não envolveria uma reparação de dano individual, mas, em geral, a elaboração de um relatório que examinasse, a partir de uma iniciativa individual ou do próprio órgão, a situação do grupo ou coletividade em risco, sugerisse soluções ou ações específicas do Estado e fosse ratificado por uma comissão ou organismo internacional<sup>243</sup>. Tais soluções poderiam ser implementadas no Estado de origem da reclamação tanto por meio do poder legislativo, mediante a elaboração de leis que sanassem o fosso desses direitos, quanto pelo poder executivo, o qual poderia, desde logo, implementar a ação ou programas necessários ao resguardo dos direitos violados.

---

<sup>243</sup> Cf. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A evolução doutrinária e jurisprudencial da proteção internacional dos direitos humanos nos planos global e regional – as primeiras quatro décadas*. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, 23 (90) : 233-88, abr./jun, 1986.

Observa-se, destarte, que a proteção mediata dos direitos humanos, no caso dos direitos de segunda geração, seria muito mais delicada e dificultosa, nos termos do sistema internacional de direitos humanos, contemporaneamente vigente, ou seja, o que engloba, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, bem assim, o Pacto sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, razão pela qual permanece a relevância da atuação estatal e da proteção mediata dos direitos humanos pelos Estados, principalmente os de segunda dimensão. Isso porque seria ineficaz ou, no mínimo, impraticável, pelo menos na conjuntura hodierna, estatocêntrica, uma interferência direta e eficiente dos organismos estatais na proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais dos indivíduos nacionais de um Estado, pois caberia precipuamente ao Estado implementar as ações e programas necessários à plena satisfação desses direitos-créditos pelos seus cidadãos.

Não se desconhecem os vários obstáculos a impedir uma plena proteção dos seres humanos pelos órgãos estatais, mas tais insuficiências e lacunas ainda são passíveis de resolução. Sendo assim, se a intenção é manter incólume a proteção estatal dos direitos humanos, importa observar mais atentamente tais vácuos da proteção mediata dos direitos humanos, de modo a se repensar formas de solucioná-los o quanto antes, pois haveria, no mínimo, três gêneros de lacunas na proteção exclusivamente estatal dos direitos humanos: (i) as lacunas normativas, eis que, por vários fatores, inclusive políticos, muitas vezes o âmbito de atuação normativa dos Estados não pôde ou não pretendeu abranger todos os destinatários vulneráveis ou proteger todos os “bens” imprescindíveis ao bem-estar mínimo desses indivíduos, (ii) as lacunas subjetivas, haja vista vários indivíduos e comunidades inteiras permanecerem, por longos períodos, sem proteção alguma por parte de um Estado-nação, seja por (a) não serem acolhidos como nacionais pelo Estado, por (b) apesar de serem recebidos como nacionais estarem isolados politicamente em cinturões de minorias marginalizadas e, ainda, (iii) as lacunas estruturais, em razão de várias insuficiências contemporâneas atribuídas ao ente estatal, seja nos períodos (a) de paz (por insuficiências funcionais) ou (b) nos guerra (por impossibilidade de manter um grau de estabilidade mínima à garantia do bem-estar de seus cidadãos). Quanto à primeira lacuna merecem destaques alguns pontos relevantes, mas jamais exaurientes, a serem observados no próximo tópico.

## 2.2. Vazios normativos-objetivos: a eleição do catálogo de direitos - inevitáveis questionamentos

Os direitos do homem, uma vez constitucionalizados, passariam a ser os direitos apenas daqueles com os quais o Estado constitucional reconhecesse vínculos jurídicos válidos e legítimos<sup>244</sup>. Daí várias críticas<sup>245</sup>, pois a proteção dos direitos humanos manter-se-ia dependente do “direito de nacionalidade” dos cidadãos pertencentes a cada Estado e, não só, mas também da sua aleatória e indiscriminada “materialização” nas constituições estatais, as quais caberia ‘selecionar’ os direitos que entendesse pertinentes de acordo com seus valores histórico-políticos, sem qualquer padrão de seleção previamente estipulado<sup>246</sup>.

Nesse aspecto, muitos vácuos e lacunas normativas viriam a ser sentidas, inclusive porque as constituições ganhariam destaque na estrutura jurídico-normativa estatal como ambiente legitimado a sediar e a sintetizar os contínuos embates políticos entre o Estado e povo territorialmente a ele subordinado. Consolidariam, assim, em seus textos, os resultados dos processos dialéticos entre o poder central estatal e as tentativas de limitação do poder soberano em prol das necessidades de seus cidadãos<sup>247</sup>.

Desse modo, a firmeza e a solidez a serem proporcionadas pela constitucionalização dos direitos humanos (advindos de um sincretismo de teorias e ainda carentes de uma densidade e unicidade teórico-conceitual) poderia tornar tolerável a inevitável dependência que o direito positivo outorga à variabilidade da vontade do legislador em conjunturas temporais e espaciais diversas<sup>248</sup>.

---

<sup>244</sup> JOSÉ, Caio Jesus Granduque. **A construção existencial dos direitos humanos**. 1.ed. Curitiba: CRV, 2012.p.105.

<sup>245</sup> Nesse ponto, a crítica de alguns autores como HAARSCHER, Guy. **A filosofia dos direitos do homem**. Lisboa: Instituto Piaget.1993 p.103 e ss, que pode ser resumida no seguinte trecho: “ O positivismo é pois, correlativamente, um subjectivismo dos valores...”.

<sup>246</sup> Quanto às críticas a essa seleção de direitos sem regras, por exemplo, Fábio Konder Comparato ao ressaltar que “...nada assegura que falsos direitos humanos, isto é, certos privilégios da minoria dominante, não sejam também inseridos na Constituição, ou consagrados em convenção internacional, sob a denominação de direitos fundamentais. O que nos conduz, necessariamente, à busca de um fundamento mais profundo do que o simples reconhecimento estatal para a vigência desses direitos.” COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10º ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 71 e ss.

<sup>247</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkesk em seu livro **A teoria Pluriversalista do Direito Internacional**, São Paulo: Martins Fontes, 2011.p.117 e ss.

<sup>248</sup> LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.p.170 e ss.

Essa positivação das declarações de direitos, todavia, não lograria cumprir integralmente sua função estabilizadora, eis que inescapáveis supressões de direitos relevantes, assim como a valorização desarrazoada de outros direitos<sup>249</sup>, além das constantes alterações no elenco dos direitos humanos contemplados pelas constituições, devido às variantes históricas e políticas, poderiam vir a gerar incertezas e constantes embates entre o Estado e grupos não alcançados pelo ordenamento jurídico<sup>250</sup>.

Essas eventuais omissões normativas a causar lacunas na proteção de determinados direitos ou de certos grupos de indivíduos adviriam, inclusive, do fato de o próprio poder central estatal ser o legitimado a ‘constitucionalizar’ o catálogo dos direitos que limitariam a sua atuação. Haveria, destarte, uma identidade entre destinatário dos deveres de proteção e legislador responsável por impor e especificar esses encargos, o que, inclusive contraria as próprias intenções plasmadas nas declarações advindas das Revoluções da França e dos Estados Unidos, pois reduziria direitos ‘universalmente’ declarados àqueles reconhecidos pelo Estado, mesmo ente obrigado a respeitá-los.

O problema residiria, por assim dizer, nessa identidade, pois os direitos humanos concebidos, inicialmente, como instrumento de proteção dos indivíduos em oposição à liberdade soberana do poder central estatal, seriam justamente aqueles indicados pelo próprio governo central por meio de suas constituições, seriam aqueles elegidos como ‘constitucionalizáveis’, a partir de diversas variantes políticas e históricas, pelo mesmo ente responsável por salvaguardá-los.

Ocorre que, como explicitado alhures, essa passagem dos direitos humanos daqueles inerentes ao ser humano, para aqueles ‘declarados’ pelas constituições dos Estados serviria justamente aos interesses da crescente burguesia, que, uma vez com pleno acesso à

---

<sup>249</sup> Dentre as críticas a esse ‘monopólio positivista’ da produção dos direitos humanos pelo Estado somas-se à de Hannah Arendt a de que “ se se admite que o Estado nacional pode criar direitos humanos, e não apenas reconhecer a sua existência, é irrecusável admitir que o mesmo Estado também pode suprimi-los, ou alterar de tal maneira o seu conteúdo a ponto de torná-los irreconhecíveis. Ademais, a criação dos direitos humanos pelo Estado nacional conduziria à impossibilidade de lhes atribuir o caráter de exigências postas por normas universais, sem as quais, como salientou Kant, não há ética racionalmente justificável. Não se trataria, logicamente falando, de atributos inerentes à condição humana, mas unicamente à determinada nacionalidade”. COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10º ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.72.

<sup>250</sup> LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.p.170 e ss.

estrutura legislativa do Estado soberano e autônomo, desvinculado de subserviências a Impérios ou Papado, perderia o interesse em defender ou propagar a ideia de direitos humanos universais, preferindo restringir os direitos individuais àqueles estabelecidos pelo Estado que ela mesma ajudou a criar e a manter e somente para os indivíduos ‘nacionais’, principalmente aqueles, como ela, participantes da criação do Estado e compentes do ‘contrato social’<sup>251</sup>.

Esse, inclusive, foi um aspecto muito lembrado pelos defensores das teorias naturalistas<sup>252</sup>. Grande parte da crítica dos defensores dos ‘direitos humanos naturais’ focar-se-ia nessa legitimação apenas legal dos direitos. Para eles o direito que ‘nasce’ na lei é o resultado de uma escolha do legislador estatal, o qual elege o catálogo dos direitos a serem protegidos e especifica os destinatários dessa proteção. Tal legislador, todavia, seja por fatores exógenos ou endógenos, estaria sujeito a cometer omissões desarrazoadas ou, por outro lado, maximizações desproporcionais, até mesmo criando ‘falsos’ direitos ou suprimindo direitos primordiais.

Tal ‘seleção’ está sujeita a falhas tanto quantitativas, quanto qualitativas, seja porque o catálogo dos direitos expostos nas constituições não seria bastante a um adequado resguardo integral do ser humano, seja porque no rol dos destinatários da proteção, muitos teriam sido olvidados, seja porque os bens tutelados não seriam suficientes para a proteção de todos<sup>253</sup>. Por essa razão, foram necessárias as lutas pelo reconhecimento de comunidades não incluídas nas normas de proteção estatal, bem como de novas dimensões de direitos, além daquelas primeiramente concebidas, com o intuito de preencher algumas das lacunas nos ordenamentos de diversos Estados.

---

<sup>251</sup> Nesse ponto a crítica severa de NUSSBAUM, Martha C. **Fronteiras de Justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie**. São Paulo: Martins Fontes. Tradução Susana de Castro, 2013, *passim*. Ela deixa claro, concordando em parte com Hannah Arendt, que uma grande falha na legitimação dos Estado a partir dos teóricos do contratualismo foi que esses filósofos, via de regra, partiriam do pressuposto de que os agentes partícipes da criação do Estado e do seu correspondente ‘contrato social’ seriam homens ‘aproximadamente iguais em capacidade’, e capazes de atividade econômica produtiva., restando excluídos os seguimentos populacionais economicamente menos ativos, como as mulheres, as crianças, as pessoas idosas, pessoas com impedimentos incomuns físicos ou mentais, entre outros.

<sup>252</sup> Nesse sentido, por exemplo, Fábio Konder Comparato, ao criticar a constitucionalização restrita dos Direitos Humanos: “É irrecusável, por conseguinte, encontrar um fundamento para a vigência dos direitos humanos além da organização estatal. Esse fundamento, em última instância, só pode ser a consciência ética coletiva, a convicção, longa e largamente estabelecida na comunidade, de que a dignidade da condição humana exige o respeito a certos bens ou valores em qualquer circunstância, ainda que não reconhecidos no ordenamento estatal, ou em documentos normativos internacionais.” COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10º ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 72-73.

<sup>253</sup> Para mais JOSÉ, Caio Jesus Granduque. **A construção existencial dos direitos humanos**. 1.ed. Curitiba: CRV, 2012, pp.120 e ss.

Nesse ponto, as várias marchas e contramarchas no processo de asserção e inserção dos direitos humanos nos instrumentos normativos positivados terminariam por olvidar, contudo, a positivação de alguns direitos ou a materialização da proteção de certos destinatários menosprezados. À princípio, apenas algumas categorias de cidadãos ou de ‘bens tutelados’ alçariam a condição de ‘assegurados’ pelos ordenamentos jurídicos estatais.

Tome-se, por exemplo, o caso dos direitos econômicos e sociais, esses apenas começaram a ser positivados e reconhecidos após as lutas de reconhecimento dos estamentos ‘olvidados’ pelo constituinte contra o ‘individualismo próprio da burguesia’<sup>254</sup> que impulsionara o reconhecimento de direitos apenas atinentes às liberdades privadas e públicas, em detrimento dos direitos de ‘solidariedade’ ou dos ‘direitos-créditos’. E, após séculos de reconhecimento mundial, ainda paira sobre a proteção dessas novas dimensões de direitos uma ameaça pronunciada e já sentida em diversos Estados, em decorrência de crises econômicas e da hegemonia das teorias das políticas neoliberais. Tais categorias encontram-se constantemente sob o risco de serem excluídos do rol dos direitos humanos necessários e imprescindíveis ao bem-estar do ser humano.

Outro exemplo seria o dos direitos atinentes aos das coletividades politicamente isoladas, sejam elas parte do seguimento economicamente ou socialmente menos influente ou até mesmo das minorias identitárias isoladas. Estes estariam fadados a, quiçá, nunca serem reconhecidos nos cadernos constitucionais estatais ou, ainda, nas legislações próprias de cada Estado, ou quando assim o fossem, recairia sobre tais direitos uma ‘fragilidade anunciada’, nos moldes previstos por Michael Ignatieff<sup>255</sup>.

Uma das grandes questões que poderia aumentar as lacunas normativas na proteção plena dos direitos humanos pelo Estado seria, inclusive, como mencionado alhures, essa possibilidade de assunção do recém-estabelecido aparelho estatal, nomeadamente do

---

<sup>254</sup> Fábio Konder relembra que “ Foi justamente para corrigir e superar o individualismo próprio da civilização burguesa, fundado nas liberdades privadas e na isonomia, que o movimento socialistas fez atuar, a partir do Século XIX, o princípio da solidariedade como dever jurídico, ainda que inexistente no meio social a fraternidade enquanto virtude cívica.” COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10º ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.78.

<sup>255</sup> “O estrangeiro nunca vai ter suas necessidades verbalizadas e cristalizadas oficialmente já que não tem representantes nos parlamentos dos Estados e muito menos nos articuladores e autores de convenções e tratados internacionais.” IGNATIEFF, Michael. **The needs of strangers**. New York: Picador.2001. p 141 e ss.

poder constituinte, por apenas alguns grupos de interesses dentre aqueles acolhidos no território estatal, o que terminaria por provocar uma assimetria de poder de interferência das decisões estatais entre as comunidades albergadas pelo Estado. Assim, os direitos prioritários de certas coletividades correriam o risco de não serem devidamente reconhecidos e contemplados pelas constituições estatais, como o das minorias identitárias sem representação no poder legislativo, enquanto outros ganhariam destaque.

Nesse ponto, cumpre rememorar que, de fato, muito tempo depois, mesmo após as declarações do século XVIII e a constitucionalização dos direitos humanos por alguns Estados, muitos grupos de indivíduos, mesmo aqueles pertencentes a um “Estado de Direito” ainda não haviam sido beneficiados por essas novas matizes de direitos humanos recepcionados pela parametrização jurídica estatal. Note-se o caso das antigas colônias do além-mar que mantinham povos inteiros subjugados e sem acesso aos direitos-liberdades recém declarados por diversos instrumentos legais, assim como os vários ordenamentos estatais que mantinham escravos em condições precárias, nem mesmo reconhecendo-os como seres humanos dignos de proteção estatal, bem como o caso das componentes do sexo feminino ou de diversos outros grupos não plenamente protegidos pelo Estado que terminariam por permanecer como ‘cidadãos de segunda classe’ perante os seus ordenamentos jurídicos estatais.

Tanto que muitos indivíduos viriam a passar anos a lutar pelo reconhecimento político e legal de seus direitos, exigindo que eles figurassem em pé de igualdade dentre os elencados pelo ordenamento jurídico estatal<sup>256</sup>. A batalha desses grupos com direitos não contemplados pelos ordenamentos jurídicos estatais almejava não apenas o fim dos abusos do Estado, mas a própria mudança de percurso do ente estatal, de forma que ele assumisse integralmente a função de intuição impulsionadora da proteção de todos os direitos inerentes ao ser humano e não apenas de alguns poucos selecionados.

Tal problema, todavia, até fins do Século XXI ainda não havia encontrado uma solução satisfatória, apesar das muitas tentativas de proteção plena dos direitos humanos, seja por meio de soluções filosófico-doutrinárias dadas por juristas ou pela inclusão de novos direitos no rol dos direitos constitucionais por outros poderes que não o legislativo, ou por

---

<sup>256</sup> DONNELLY, Jack. **Universal Human Rights. In Theory and Practice.**New York: Cornell University Press.2013, 3ª Edição.p.34.

meio de muitas lutas pelo reconhecimento de comunidades inteiras, mantendo-se, por anos, lacunas objetivas e subjetivas nos ordenamentos jurídicos estatais.

Além dos vácuos normativos objetivos a atingir diversos tipos e categorias de direitos olvidados e não contemplados no rol dos direitos constitucionais, lacuna essa advinda precipuamente da dependência da vontade do legislador e de uma preponderância da interpretação positivista-monista do direito, - a qual acreditava primordialmente no direito posto pelas constituições estatais, rejeitando qualquer outra manifestação de direito que não o legal -, lacunas subjetivas também surgiram. Isso porque o Estado atribuía-se, por meio de sua constituição e de suas leis, a função de proteger os direitos reconhecidos juridicamente apenas de seus nacionais, ou seja, aqueles com quem se vinculava por meio de uma identidade histórico-cultural, e por linhas de cidadania, de modo que muitos indivíduos terminavam por permanecer exceptuados de uma proteção de seus direitos, bem como muitos direitos permaneciam não reconhecidos pelo Estado constitucional.

Tanto é assim que, após a solidificação do Estado soberano constitucional, o direito de nacionalidade, ou seja, o direito de ter um vínculo jurídico com algum Estado soberano, ganhou grande relevância, pois dele passaram a depender os indivíduos para terem assegurada a própria titularidade sobre os direitos humanos e o integral acesso a eles. De modo que aquele indivíduo que, por alguma disputa territorial ou razão histórica, não lograra alcançar um vínculo de nacionalidade com um Estado-nação reconhecidamente soberano, estaria indefeso, ao não ser que ascendesse ao posto de cidadão nacional de algum Estado e passasse a ser titular de direitos humanos.

E mesmo que tivesse um vínculo de cidadania reconhecido, ainda dependeria do alvedrio do legislador estatal e da eficácia do Estado em respeitar e defender todas as dimensões de direitos humanos a que faria *jus*. Sendo assim, a proteção dos direitos humanos pelos Estados ainda encontraria outras lacunas, além da normativa objetiva, eis que, por exemplo, supondo que um Estado reconhecesse determinados direitos, ainda assim, tal Estado teria a liberdade soberana de eleger direitos cuja proteção poderia ser maximizada em detrimento de outros que teriam sua proteção minimizada, com base em uma interpretação própria a respeito do alcance e do grau de proteção a ser dada a cada tipo de direito.

Até mesmo os integrados ao Estado pelo vínculo de nacionalidade poderiam não estar plenamente protegidos, a depender das escolhas normativas ou até mesmo do tipo de hermenêutica utilizada na interpretação das disposições normativas de cada Estado ou de suas preferências políticas ou econômicas.

Dentre esses vazios normativos, além das lacunas objetivas (relativas às categorias de direitos olvidadas pelos constituintes), as lacunas subjetivas (relativas aos grupos ou estamentos não protegidos, pela ausência de vínculo de cidadania-nacionalidade ou por possuírem um vínculo político-social débil com o Estado de abrigo) também despertam grande atenção, ao tempo em que geram fortes entraves à proteção integral dos indivíduos. Isso porque, como as decisões político-históricas do Estado podem levar à criação de cinturões de isolamento político de diversas coletividades, seja por razões étnicas, culturais, religiosas até estamentais; falhas, em sua rede nacional de proteção dos direitos humanos, acabariam por ser inevitáveis.

Dentre essas multidões de não-alcançados pelo pleno resguardo estatal a gerarem profundos vácuos na proteção dos direitos humanos pelo Estado, é útil destacar uma que particularmente interessa ao presente trabalho, por ter sido uma das primeiras a provocar respostas de organismos supraestatais, pelo fato de necessariamente exigir o reconhecimento de um liame de nacionalidade Estado-indivíduo. Vínculo esse, muitas vezes inatingível, pois envolve um conceito polissêmico, de difícil consenso nos tempos contemporâneos e que permite acepções, muitas vezes, discricionárias por parte dos Estados responsáveis por interpretá-lo de acordo com seus próprios parâmetros, os quais são, na maioria das vezes, obnubilados.

### **2.3. O lugar da identidade - entre nacionalidade, pertencimento e representação**

Importa ressaltar, nesse ponto, que apesar de terem sido geradas inicialmente por processos desvinculados e distintos, a concepção de Estado constitucional, fundado na legalidade, e a acepção de ‘nação’ como ‘conjunto de sentimentos comuns ou identidades culturais, étnicas, históricas e vivenciais’ fundem-se, na história europeia, depois das Revoluções Estadounidense e Francesa, quando os Estados começam a incorporar a ideia de

‘nação’ (concebida de forma autônoma, independente e muitas vezes oposta ao Estado), agregando-a como um elemento do estruturante do próprio Estado-nação<sup>257</sup>.

Dava-se, portanto, evidência à progressiva ideia da existência de uma ‘vontade’ uníssona da nação, de uma identidade partilhada, de uma coesão de ‘sentimentos’, de uma comunidade política homogêna interligada por vínculos identitários de pertença e de solidariedade, a ser materializada numa estrutura de poder central estatal, com a qual a população manteria um vínculo jurídico-político denominado nacionalidade, que lhe permitiria o acesso aos bens fornecidos pelo Estado desde que restassem cumpridas certas imposições. As acepções de Estado e de nação passaram a ser indissociáveis e umbilicamente interdependentes.

Por um longo período, após a Paz de Vestefália, desde que a ideia de nação passou a ser um dos sustentáculos da coesão social dentro da unidade territorial estatal, os dois institutos tornaram-se imprescindíveis um ao outro<sup>258</sup>, embora haja controvérsias a respeito de qual ideia sobreponha-se a outra. Alguns, como Habermas, defendem, por exemplo, que a concepção de nacionalidade só poderia ser amadurecida no seio de um Estado; afirmam que a comunidade nacional não precederia a comunidade política, mas seria um produto direto dela<sup>259</sup>; outros já asseveram que o Estado prescindiria de um núcleo, ainda que incipiente, de sentimentos de nacionalidade para poder se constituir naquele espaço territorial.

---

<sup>257</sup> Nesse sentido TEIXEIRA, Anderson Vichinkesk em seu livro **A teoria Pluriversalista do Direito Internacional**, São Paulo: Martins Fontes, 2011.

<sup>258</sup> Nesse sentido BAUMAN: “Estado e nação precisavam um do outro. [...] O Estado buscava a obediência de seus indivíduos representando-se como a concretização do futuro da nação e a garantia de sua continuidade. Por outro lado, uma nação sem Estado estaria destinada a ser insegura sobre o seu passado, incerta sobre o seu presente e duvidosa de seu futuro, e assim fadada a uma existência precária.” BAUMAN, Zygmunt. **Identidade: entrevista a Benedetto Vecchi**. Rio de Janeiro: Zahar, 2005, p. 27.

<sup>259</sup> HABERMAS, Jürgen, **Nations and nationalism in the new century**. Prefácio de *Nationen und Nationalismus: Mythos und Realität seit 1780*, Campus, 2005. p.76. Nesse mesmo sentido BAUMAN: “A ideia de “identidade”, e particularmente de “identidade nacional”, não foi “naturalmente” gestada e incubada na experiência humana, não emergiu dessa experiência como um “fato da vida” autoevidente. Esa ideia foi *forçada* a entrar na *Lebenswelt* de homens e mulheres modernos – e chegou como uma *ficção*. [...] E o nascente Estado moderno fez o necessário para tornar esse dever obrigatório a todas as pessoas que se encontravam no interior de sua soberania territorial. Nascida como ficção, a identidade precisava de muita coerção e convencimento para se consolidar e se concretizar numa realidade (mais correctamente: na única realidade imaginável) – e a história do nascimento e da maturação do Estado moderno foi permeada por ambos. A ficção da “natividade do nascimento” desempenhou o papel principal entre as fórmulas empregadas pelo nascente Estado moderno para legitimar a exigência de subordinação incondicional de seus indivíduos.” BAUMAN, Zygmunt. **Identidade: entrevista a Benedetto Vecchi**. Rio de Janeiro: Zahar, 2005, pp. 26-27 e ainda HOBBSAWM, Eric J. **Naciones y Nacionalismos desde 1780**, Barcelona: Critica, 1992.

A ideia de ‘identidade nacional’ foi, portanto, gestada e introduzida na experiência humana e o nascente Estado moderno a tornou uma tarefa, um ímpeto à ação, a ser completada por todos os indivíduos que se encontrassem no interior de sua soberania-território. A “natividade do nascimento” foi introduzida como uma das principais ferramentas de legitimação do crescente Estado moderno para sua ‘exigência de subordinação incondicionada de seus indivíduos’. Do contrário, “uma nação sem Estado estaria destinada a ser insegura sobre seu passado, incerta sobre o seu presente e duvidosa sobre seu futuro, e assim fadada a uma existência precária”<sup>260</sup>.

Dessa construção e formação dos Estados-nação emanariam várias complexidades permanentes e relevantes à análise dessa organização social como provedora e protetora de direitos humanos. Dentre elas, dois aspectos, em especial, merecem destaque por estarem relacionados com alguns dos mais graves e duradouros entraves ao pleno resguardo e proteção dos direitos humanos pelos Estados.

O primeiro seria o aspecto objetivo-estrutural dessa conexão Estado/Nação: o permanente emprego da ideia de ‘nação’ – seja como vínculo identitário entre vários elementos ‘familiares’, como idioma, raça, cultura, experiências, historicidade, formas de pensar ou produto de um processo de construção social -, para estruturar e legitimar as atuações do Estado como unidade territorial orgânica autônoma responsável pelos indivíduos por ele albergados, o que geraria uma fragilidade anunciada em muitos Estados sem uma identidade partilhada ou, ao revés, com uma unidade identitária fictícia e débil; e o segundo seria o aspecto subjetivo: essa dependência da formação de um liame de nacionalidade entre cidadão e Estado para a fruição de direitos pelos indivíduos presentes num determinado território estatal, desde que em troca de um pacto de lealdade a incluir, muitas vezes, o pagamento de impostos, dentre outras obrigações.

Essa última acepção subjetiva de nacionalidade a ser imprescindivelmente atribuída aos habitantes daquele território, como um elo necessário entre o indivíduo e sua ‘nação’, que permitiria alçar à categoria de beneficiário pleno de direitos reconhecidos pelo Estado apenas aquele apto a aceder à qualidade de ‘nacional’ é, inclusive, considerada, por alguns, como Hannah Arendt, Thomas Pogge, Michael Ignatieff, como um grave obstáculo

---

<sup>260</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Identidade: entrevista a Benedetto Vecchi**. Rio de Janeiro: Zahar, 2005, p. 27.

para a proteção dos direitos humanos dos indivíduos, pois restringe o raio de atuação do Estado, principal responsável pela proteção dos direitos humanos, apenas àqueles que o ente governamental espontaneamente reconhece como seus ‘nacionais’, deixando, muitas vezes, olvidados indivíduos e comunidades inteiras<sup>261</sup>.

### **2.3.1. Vácuo de legitimidade-representatividade estatal: nacionalidade enquanto elemento objetivo-estabilizador do Estado**

Quanto às complexidades oriundas do primeiro aspecto relativo à acepção objetiva de nacionalidade, ou seja, essa identidade entre as ideias de Estado e de ‘nação’ e a utilização da acepção de ‘nação’ como justificadora do Estado de direito e principal elemento de conexão social, problemas surgem porque são raras as hipóteses em que as identidades pré-existentes em um determinado território favorecem a utilização plena do sentimento de nacionalismo como elemento justificador e integrador do Estado. Excepcionais são os casos em que “Nação” e “Estado” fundem-se perfeitamente num mesmo território<sup>262</sup>.

Muitas vezes observam-se num mesmo espaço territorial nacionalismos particulares a se repulsarem, ou várias identidades opostas baseadas em diversos modelos de referência (religião, etnia, cultura, entre outros) a desestabilizarem a coesão estatal, o que termina por gerar situações em que uma minoria identitária, quando não afugentada, termina por ser confinada, ainda que temporariamente ou geograficamente, em enclaves, muitas vezes sem acesso aos primordiais bens e direitos, sob tratamento diferenciado e sem a devida

---

<sup>261</sup> Cf. FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002; ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. POGGE, Thomas. **World Poverty and Human Rights**. Cambridge: Polity Press, 2008. IGNATIEFF, Michel. **I. Human Rights as Politics. The Tanner Lectures on Human Values**. Delivered at Princeton University’s Center for Human Values. April 4–7, 2000, disponível em: [http://tannerlectures.utah.edu/documents/a-to-z/i/ignatieff\\_01.pdf](http://tannerlectures.utah.edu/documents/a-to-z/i/ignatieff_01.pdf). Consultado em: 03.12.2015 HAARSCHER, Guy. **A filosofia dos direitos do homem**. Lisboa: Instituto Piaget.1993, pp.100 e ss.Tal questão, como se observará mais adiante ao longo do trabalho, estaria, segundo alguns, na origem de diversos problemas relacionados à proteção dos direitos humanos pelos Estados-nação, por restringirem a proteção dos direitos humanos somente àqueles que alçassem o reconhecimento como nacionais de seus Estados, o que, segundo criticam, terminaria por limitar e obstar a própria ideia de proteção do ser humano pelo reconhecimento da necessidade de se salvaguardar a ‘natureza humana’, criando equivocadamente categorias e níveis desiguais de proteção entre os mesmos seres.

<sup>262</sup>Nesse aspecto, Bauman ressalta que “ Se, por um longo período, Estado e nação forma capazes de viver juntos, unidos nos âmbitos histórico e legal pela indissolubilidade dos princípios fundamentais que a modernidade garantia, foi graças ao acordo feito nos Tratados de Westfália, no término da longa guerra religiosa que dilacerara a Europa por trinta anos.” BAUMAN, Zygmunt, BORDONI, Carlo, **Estado de Crise**. Rio de Janeiro: Zahar, 2016, p.41.

proteção a seus direitos pelo Estado. Em uma conjuntura como essa, há o risco contido de, a qualquer tempo, esses cinturões de vulnerabilidades irromperem em demandas e desestabilizarem mais ainda o Estado.

Se são notados problemas de legitimidade e de coesão nos Estados-nação originados de sociedades compostas por comunidades relativamente homogêneas que já guardavam entre si, ainda que minimamente, algum sentimento de reconhecimento mútuo de experiências, formas de pensamento, objetivos ou semelhanças étnicas, religiosas e culturais; maiores entraves à integral proteção dos indivíduos pelos Estados, todavia, concentrar-se-iam naqueles Estados-nação oriundos de muitas cisões, adesões, sucessões e secessões, principalmente dos antigos territórios de impérios multiculturais.

Inevitáveis complexidades político-históricas adviram dessa aplicação do princípio da nacionalidade como critério objetivo fundador de Estados, principalmente a partir do término, nomeadamente, dos impérios austro-húngaro, do império czarista e do império otomano<sup>263</sup>.

Sob esse aspecto Hannah Arendt, assim como Guy Haarscher, são enfáticos ao expor a incerteza da eficácia de uma forma de governo baseada na concepção de Estado-nação mesmo em regiões nas quais já havia um certo vínculo de ‘nacionalidade’ entre os povos, duvidando ainda mais em situações de total ausência de homogeneidade populacional, ou de qualquer vontade da comunidade de fixar-se a territórios<sup>264</sup>.

---

<sup>263</sup> Tome-se, por exemplo, o caso da Polônia, Estado advindo do desmembramento de um desses impérios multiculturais, segundo experiência descrita pelo autor polonês BAUMAN: “Pouco antes de a última guerra mundial irromper, realizou-se um censo na minha Polônia natal, então uma sociedade multiétnica. Certas partes do país eram habitadas por uma inusitada mistura de grupos étnicos, credos religiosos, línguas e costumes. Dar uma nova feição a essa mistura, por meio da conversão e assimilação forçadas, numa nação uniforme ou quase uniforme, segundo, digamos, o modelo francês, talvez fosse um objetivo energicamente perseguido por uma parte da elite política polonesa, mas de maneira alguma um propósito universalmente aceito e consistentemente apoiado, muito menos um projeto próximo de sua conclusão.” BAUMAN, Zygmunt. **Identidade: entrevista a Benedetto Vecchi**. Rio de Janeiro: Zahar, 2005, p. 27.

<sup>264</sup> ...“ se já se podia colocar em dúvida a prudência de estender uma forma de governo que, mesmo nos países de antiga e estabelecida tradição nacional, não sabia como resolver os novos problemas da política mundial, era ainda mais duvidoso que ela pudesse ser transplantada para uma área onde sequer existiam as condições básicas para o surgimento de Estados-nações, ou seja, a homogeneidade da população e a fixação ao solo.” ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p.303. Sob o mesmo aspecto, HAARSCHER, Guy. **A filosofia dos direitos do homem**. Lisboa: Instituto Piaget.1993, p.102 “O « direito dos povos» é uma coisa; outra coisa é perguntar se um povo, tornado independente, instaurará uma autoridade política que respeite os direitos dos indivíduos. Na maioria dos casos, como todos sabemos, não é isso que acontece.”

Ressalte-se, ainda, que mesmo após o término das duas grandes guerras mundiais e da ‘nacionalização’, muitas vezes forçadas, de diversos povos e minorias, permanecem a existir vários casos de (i) nações ainda sem Estado como, por exemplo, a Escócia, Quebeque, Catalhuna, País Basco ou de Estados; (ii) Estados plurinacionais, como a Bélgica, Espanha, Reino Unido; (iii) Estados sem nações (Singapura, Taiwan, África do Sul); (iv) Estados que compartilham uma nação; (v) nações que compartilham vários Estados e o (vi) próprio Estado uninacional<sup>265</sup>.

Em situações mais intrincadas de Estados não uninacionais, muitos embates étnicos-culturais e interferências exôgenas teriam terminado por gerar Estados compostos por grupos sem qualquer sentimento de identidade, com idiomas, religiões ou etnias, assim como teriam permitido, aglutinações de povos, nos quais algumas comunidades permaneceriam subjugadas ao domínio arbitrário de outras, ou em alguns casos, até mesmo que coletividades inteiras não alcançassem sua soberania ou a formação de seu correspondente Estado-nação. Seja por serem demasiado pequenas ou por encontrarem fortes resistências, muitas comunidades identitárias não formaram seu próprio Estado, tiveram que integrar-se a comunidades sem qualquer sentimento de pertencimento, gerando coletividades desamparadas, sem o devido reconhecimento ou liame de pertencimento com um Estado.

Sérios desdobramentos relacionados à proteção dos direitos humanos pelos Estados adviriam dessa tentativa inacabada de identidade-legitimidade do Estado-nação, mas também desses cinturões de indivíduos não plenamente ‘acolhidos’ pelo território-nação onde se estabeleceriam. Um dos efeitos seria o (i) constante risco de instabilidade política a impedir o Estado de desenvolver plenamente suas atividades, o segundo, diretamente relacionado ao primeiro, seria (ii) o fato de se criarem comunidades apartadas e sem acesso a qualquer bens primordiais e à proteção dos seus direitos, aspecto esse que esrá tratado no tópico a seguir.

No que se refere a esse primeiro aspecto, dessa interminante instabilidade política a impedir o livre desenvolvimento do Estado, o recém-formado Estado só teria segurança para se desenvolver e prover os bens e direitos dos indivíduos enquanto estivessem restritas eventuais ações desestabilizadoras das minorias identitárias; assim como sua legitimidade, já comprometida pela ausência de coesão social, correria o risco de permancer desacreditada

---

<sup>265</sup> Utilizou-se a referência de Manuel Castells: CASTELLS, Manuel Castells. **O Poder da Identidade. A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura**. 2º Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

tanto frente à comunidade interna quanto à externa; em razão de existir uma latente possibilidade de um conflito interno capaz de fazer ruir todas as bases de sustentação do Estado. Tais fatores, conexos entre si, gerariam efeitos diretos à estabilidade estatal, pois representariam um forte obstáculo ao pleno funcionamento do Estado e, por conseguinte, à integral proteção dos indivíduos por parte desse mesmo Estado.

Sobreviriam, destarte, dificuldades de reconhecimento de legitimidade e de soberania desses novos entes, tanto pelas comunidades internas quanto pelas externas e, em muitos casos, restariam inviabilizadas politicamente Estados inteiros<sup>266</sup>, justamente pelo risco de instabilidade política advinda dessa falta de coesão identitária, colocando em risco a identidade entre Estado e nação e terminando por obstar a tão almejada ‘ordem estável’, segura e capaz de assegurar o respeito aos direitos humanos que se esperaria de um recém criado ‘Estado-nacional’, inclusive em razão da geração de agrupamentos afastados do âmago do Estado-nacional.

Uma vez constituída a divisão de territórios e comunidades em Estados-nação, baseada no princípio da nacionalidade, e subsistindo cinturões de comunidades não adaptadas, nem absorvidas pela ‘identidade nacional’ de Estado algum, tornar-se-ia imprescindível assimilar e envolver essas minorias de cada Estado ou, de outra banda, eliminá-las ou expulsá-las terminantemente dos territórios titularizados por outras nações soberanas, eis que a força e o alcance dos movimentos dessas populações heterogêneas, inclusive fora de seu território, poderia vir a gerar conflitos políticos insuperáveis tanto interna quanto externamente<sup>267</sup>.

Note-se, que essa instabilidade política anunciada poderia vir a gerar a total desintegração política de Estados plurinacionais que tentam negar ou encobrir a pluralidade das nações que nele convivem.

---

<sup>266</sup> Cf. LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. pp.193 e ss.

<sup>267</sup> “De fato, para os representantes das grandes potências que conceberam os princípios da ordem mundial interstatal com base no princípio das nacionalidades, a proteção das minorias tinha sido uma solução política que objetivava criar um modus vivendi muito necessário naquele momento para evitar conflitos entre populações mistas. Estava claro, no entanto para eles, que no âmbito dos Estados-nacionais, mais cedo ou mais tarde, as minorias teriam que ser ou assimiladas ou eliminadas, pois enquanto coletividades com identidade própria eles colocavam no território estatal o problema da tensão entre Estado e nação, inclusive por força do alcance transnacional de movimentos como o pangermanismo que, posteriormente serviu à política anexionista do III Reich.” Cf. LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. pp.193 e ss.

Nessas hipóteses, fortes obstáculos seriam encontrados pelos Estados para assegurar uma estabilidade política e jurídica capaz de oferecer aos indivíduos viventes em seu território um tratamento de integral respeito aos direitos humanos recém-constitucionalizados. Esses, contudo, não seriam os únicos empecilhos, pois, além de uma soberania instável e de uma inconstância político-social, o inescapável embate entre coletividades com identidades e interesses distintos dentro de seus territórios adicionaria mais uma dificuldade à plena proteção dos direitos humanos pelo Estado: a ausência de representatividade dessas minorias identitárias no poder central estatal e seu parco acesso aos direitos sociais básicos.

Bem de ver, além da instabilidade política gerada por essa dificuldade de integração perfeita entre a acepção de Estado e as nacionalidades existentes nos processos de formação estatal, um segundo e também grave efeito resultante da criação do instituto Estado-nação seria a própria geração de massas de coletividades exceptuadas e vulneráveis obrigadas a se agregarem a Estados sem qualquer sentimento de pertencimento ou a vagarem sem território ou Estado para se fixarem.

Michael Ignatieff, por exemplo, ressalta que talvez possa se afirmar que os indivíduos não plenamente imbuídos do sentido de nacionalidade com seu território-nação, nem plenamente inseridos num Estado nacional próprio seriam os mais desprotegidos, pois além de não serem representados, de modo a que o poder central estatal perceba suas verdadeiras necessidades, ainda não tem “estado” para o qual se dirigir<sup>268</sup>.

Esse afastamento e enclausuramento das minorias identitárias terminaria por atravancar o reconhecimento dos seus direitos no ordenamento interno do Estado ao qual pertencem. Isso porque os critérios de seleção dos direitos a serem reconhecidos pela normatividade estatal certamente seria o resultado de uma deliberação dos presentes no órgão legislador estatal. Nesse ponto, a não inserção de coletividades inteiras na cúpula legislativa obstaría o reconhecimento da historicidade delas, de suas privações e carências, bem como dos elementos verdadeiramente necessários à uma vida digna para os seus membros, criando graves lacunas legislativas no que se refere a esses grupos.

---

<sup>268</sup> IGNATIEFF, Michael. **The needs of strangers**. New York: Picador.2001. p 141 e ss.

Aliás, os legisladores como ‘administradores das necessidades’, necessitariam compreender qual seria o mínimo necessário para que o indivíduo pudesse concretizar toda a sua ‘potência’<sup>269</sup>, nos moldes previstos por Michael Ignatieffi. Cada ser humano, todavia, teria uma história e necessidades próprias, difíceis de serem concebidas como “universalmente válidas”, essa, pelo menos, é a crítica do autor. Nesse aspecto, um indivíduo ou comunidade não poderia ter suas necessidades verbalizadas e cristalizadas oficialmente enquanto não tivesse representantes nos parlamentos dos Estados. Sendo assim, suas necessidades traduzíveis à linguagem dos direitos humanos estatais, correiram o risco de não serem inseridas no ordenamento jurídico.

Além desse vazio de representatividade legislativa das minorias identitárias, outro factor obstacularizante à integral proteção dos membros do Estado nacional, advindo dessa concepção de Estado-nação, seria a intransponível dependência dos indivíduos a uma formação do vínculo de nacionalidade para aceder à proteção de seus direitos. Essa exigência de um liame de nacionalidade para se ter acesso aos direitos dos indivíduos habitantes de um território também viria a ser um fator gerador de graves problemas à proteção estatal dos direitos humanos.

Muitos passariam anos sem lograr alcançar o vínculo de nacionalidade com qualquer ente estatal. A esses estariam inacessíveis os direitos humanos enquanto não fossem recepcionados como nacionais por um dos Estados da “família de nações” surgida àquela época. Daí as severas críticas de Hannah Arendt, ao se referir aos povos vagantes, expulsos de seus Estados originários por questões de etnia, identidade ou conflitos políticos, sem possibilidade de serem recebidos e plenamente acolhidos por um novo “Estado-nação” e deixados à própria sorte<sup>270</sup>.

Bem de ver, a formação não espontânea de Estados nacionais pelos seus respectivos povos geraria alguns dos empecilhos mais complexos e persistentes na proteção de direitos humanos pelos Estados-nação, que incluíam desde a dificuldade de se estruturar Estados com vínculos fortes e unos de identidade, cultura, idioma e etnia, a gerar uma

---

<sup>269</sup> Termos de IGNATIEFF, Michael. **The needs of strangers**. New York: Picador, 2001, p.140 e ss.

<sup>270</sup> ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

instabilidade instrínseca aos Estados-nação, até a vulnerabilidade que se legaria a povos e comunidades inteiras sem liame de identidade-pertencimento com qualquer Estado.

Justamente por questões como essas, essa criação de novos Estados nos territórios dos tradicionais impérios multiculturais e multinacionais, sem maiores conexões lingüísticas, culturais ou religiosas entre os seus membros, demandaria maior atenção em questões relacionadas à proteção dos direitos humanos, ao longo dos anos.

A uma porque essa ausência de coesão identitária poderia gerar um Estado instável, em permanente perigo de eclosão de guerra, de conflitos internos ou de ataques terroristas armados e, portanto, incapaz de fornecer a tão esperada estabilidade e solidez necessária ao pleno gozo dos direitos humanos por seus cidadãos. A duas porque, inevitavelmente, seriam formados cinturões de indivíduos marginalizados ou de grupos identitários não bem-vindos, incapazes, portanto, de participar ativamente da vida em sociedade e de alcançar lograr influenciar verdadeiramente o processo de criação e de consagração de direitos pelo poder legislativo/constituente local, sem, portanto, qualquer expressividade ou representatividade, de forma que, na ausência de alguém que verdadeiramente represente essas minorias, suas necessidades dificilmente serão compreendidas ou atendidas, seja por meio do reconhecimento legal de suas pretensões ou por meio do respeito à suas necessidades mais básicas.

Quanto ao primeiro aspecto, o da instabilidade política, como mencionado alhures, a ausência de um liame de identidade, historicidade ou de conexão cultural entre os povos geraria um permanente estado de inconstância, quando não desencadearia diretamente conflitos políticos, embates bélicos ou guerras internas capazes de fragmentar e desestabilizar por completo o ente estatal, deixando-o incapaz de proteger seus cidadãos seja pela salvaguarda dos direitos de primeira dimensão, ou até mesmo pela proteção dos direitos de segunda dimensão, como os sociais ou econômicos.

Um Estado sem coesão interna ou em situação de constante conflito entre forças opostas dificilmente poderá fornecer aos seus cidadãos uma proteção condigna e suficiente. Ao revés, um Estado em crise, via de regra, muitas vezes, utiliza-se da crise vivida como justificativa para restringir ainda mais a proteções dos direitos humanos de seus cidadãos, seja excluindo do rol de direitos a serem protegidos aqueles considerados mais trabalhosos ou

eleitos como menos relevantes, como os trabalhistas ou sociais, seja não protegendo, na prática, alguns seguimentos específicos de indivíduos que estariam sob sua tutela. Nesses casos tanto se coloca a possibilidade de retroceder em relação ao reconhecimento dos direitos humanos anteriormente consolidados quanto de se limitar a proteção desses mesmos direitos a apenas algumas categorias ou seguimentos populacionais em detrimento e outros.

Em relação ao segundo aspecto, o da ausência de representatividade dos grupos marginalizados e segregados, estes terminariam por não lograrem acesso à implementação de suas necessidades básicas e específicas justamente por total impossibilidade de influenciar verdadeiramente tanto o reconhecimento de seus direitos próprios, quanto a elaboração das políticas públicas e enunciação das prioridades entre elas. Tais povos ou minorias identitárias, uma vez isolados, sem perspectiva de acesso ao momento da ‘criação dos direitos’ ou da ‘estipulação de prioridades entre os já existentes’ permaneceriam fadados ao isolamento e ao esquecimento por total impossibilidade de participar ativamente das discussões na cúpula do poder estatal ou até mesmo de serem efetivamente representados na busca pela concretização dos seus direitos.

Bem de ver, mais lacunas adviriam dessa necessidade de utilização do elemento ‘nacionalidade’ como ferramenta de coesão ou de estruturação do Estado-nação, gerando vácuos e fossos de proteção de diversos indivíduos e grupos identitários inteiros. Complexidades essas que continuam perpetuando-se no mundo hodierno, tanto pela construção apressada de Estados inteiros, por exemplo, nos períodos pós-guerras, sem atentar-se para as complexidades identitárias dos povos que lá viviam, quanto pelo acirramento de questões e demandas identitárias já existentes anteriormente, mas que passam a emergir com mais força no mundo hodierno, em permanente estado de pré-conflito, no qual as identidades e individualidades encontram-se mais afloradas e mais propensas a paixões irrefreadas e fanatismos incontrolláveis, por se encontrarem numa versão contemporânea mais reativa do que ativa, mais cultural do que política, dirigida muito mais à defesa de uma cultura do que de um Estado, em uma vertente de ‘nacionalismo cultural’ e não mais de ‘nacionalismo puramente estatal’<sup>271</sup>.

---

<sup>271</sup> Nesse aspecto, CASTELLS, Manuel Castells. **O Poder da Identidade. A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura**. 2ª Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007

Não se está a dizer que os Estados plurinacionais ou com graves complexidades advindas de uma construção apressada da ‘identidade nacional’, ou capaz de subjugar ou ensimesmar comunidades inteiras permanecerá incapaz de atender os direitos dessas comunidades ou de criar mecanismos de representação aptos a formar vínculos comunicativos com essas coletividades capazes de ‘administrar suas necessidades’ com plenitude. Ao revés, uma vez constatadas essas lacunas de representação e de legitimidade, competiria aos Estados, solucioná-las.

Caberia aos Estados, quiçá, afastarem-se da visão, hodiernamente em crise, da ideia de inspiração schmittiana de que qualquer identidade político-cultural seria exclusiva ou excludente, em uma referência a esse exclusivismo identitário centrado na distinção entre amigo e inimigo<sup>272</sup>, e conviverem com identidades sobrepostas ou interdependentes, sob o risco de se prevalecer um ceticismo na comunidade internacional em relação à capacidade de Estados plurinacionais ou multinacionais manterem-se estáveis, legítimos e capazes de efetivamente incorporarem o ente político capaz de resguardar efetivamente os direitos humanos.

Ou, em outra hipótese, utilizar-se de outras vertentes de identificação político-social como elemento de coesão e legitimação estatal, como, por exemplo, a ideia de “patriotismo constitucional” baseada na ideia de uma identidade coletiva fundada em compromissos com princípios éticos e constitucionais democráticos, resultante de um envolvimento de um conjunto de instituições jurídico-políticas, clarificada, por exemplo, por Dolf Sternberger e reavivada em Habermas<sup>273</sup>, em oposição à noção tradicional de nacionalismo totalitário e excludente<sup>274</sup>, com o objetivo de superar a situação de constante ameaça de conflitos gerada pela ideia de identidade nacional necessariamente supressora e permitir uma situação de estabilidade estatal mais constante.

---

<sup>272</sup> Cf. SCHIMITT, Carl. **O conceito do Político e a Teoria do Partisan**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

<sup>273</sup> HABERMAS, Jürgen. **Identidades nacionales y postnacionales**. Madrid: Tecnos, 1998.

<sup>274</sup> Esse nacionalismo excludente, desde o período entre e pós-guerras, já demonstra ser impraticável como relembra Hannah Arendt: “A conduta desses governos pode hoje parecer apenas consequência natural da guerra; [se referia aos governos que vitoriosos que desnacionalizavam refugiados]mas, na época, as desnacionalizações em massa constituíam fenômeno inteiramente novo e imprevisto. Pressupunham uma estrutura estatal que, se não era ainda inteiramente totalitária, já demonstrava a incapacidade de tolerar qualquer oposição, preferindo perder os seus cidadãos a abrigá-los com opiniões diferentes da vigente. Revelavam, além disso, que não era necessária uma guerra para que as soberanias de países vizinhos entrassem em conflito, e que este podia se desenvolver em termos ideológicos não só no caso extremo da guerra, mas também durante a paz. ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p.311.

### **2.3.2. Vácuos normativos-subjetivos: nacionalidade como vínculo necessário ao acesso aos bens e direitos essenciais.**

É indesmentível que a clássica conexão Estado-nação, como observado, gerou e vem gerando vários fossos insustentáveis para a proteção plena dos seres humanos, principalmente nos casos de Estados com identidades nacionais forjadas, fictamente construídas ou extremamente excludentes. A questão relevante, nessas hipóteses, seria justamente essa dificuldade de se reconhecer nesses Estados constituídos, sem o respectivo núcleo de coesão identitária, a ideia de ‘nação-soberana’ e de, por conseguinte, de abranger, nesses nóveis Estados, como nacionais, todos os povos e culturas envolvidas pelos antigos impérios híbridos ou pelos novos e crescentes fluxos de refugiados e imigrantes.

Também não se pode deixar de mencionar as complexidades oriundas da “multiplicidade infinita dos grupos que podem sobrepor-se uns aos outros, o que traz uma difusa e potencial imprecisão em matéria de titularidade coletiva – basta pensar na criança, na família, na mulher, nos trabalhadores, nas minorias étnicas, religiosas, linguísticas e sexuais”<sup>275</sup>, assim como o fato de, muitas vezes, o vínculo de nacionalidade de um indivíduo não advir de sua adesão voluntária e, portanto, não se revelar necessariamente mais adequada ao desenvolvimento de sua personalidade<sup>276</sup>.

Nessas hipóteses, algumas comunidades terminariam relegadas ao confinamento social e político, e, por conseguinte, sem possibilidade de alcançar a plena satisfação de suas necessidades por terem pouco ou nenhum poder de influência na concepção das disposições jurídicas atinentes à proteção dos seus direitos. Dentre elas estariam, por exemplo, (i) as minorias identitárias, ainda que ‘nacionais’ de um Estado; (ii) aqueles em situação de ilegalidade, não recebidos como nacionais do Estado no qual vivem; (iii) os povos em movimento, sem território-nação fixo, como os apátridas ou refugiados.

---

<sup>275</sup> LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p.182.

<sup>276</sup> Cf. RIVERO, Jean. *Sobre la evolución contemporánea de la teoría de los derechos del hombre*. **Anales de la Catedra F. Suarez**, Granada, 15 1985.

Restariam, assim, presentes cinturões e espaços de minorias que não lograriam formar seu próprio Estado-nação, tampouco alcançariam um liame de identidade ou até mesmo de pertencimento com a ‘família nacional’ com a qual se associariam, ou ainda, em situações mais graves, permaneceriam sem local ou Estado fixo que os acolhesse e abrigasse. Esses casos gerariam graves complexidades, as quais estariam no âmago de muitas das críticas dos estudiosos de direitos humanos à exigência da criação do vínculo de nacionalidade para se aceder aos direitos humanos mais básicos<sup>277</sup>.

Nesse aspecto, Ignatieff funda sua crítica, por exemplo, no fato de que o nacionalismo resolveria o problema dos direitos humanos dos grupos nacionais vitoriosos, mas produziria novos grupos de vítimas, cuja situação se agravaria, pois, a seu ver, o nacionalismo tenderia a ser utilizado como ferramenta de proteção dos direitos das majorias, enquanto negaria os direitos das minorias. Para ele, portanto, ainda que os grupos étnicos e minorias identitárias buscassem uma proteção imediata por parte dos Estados, permaneceria imprescindível uma proteção ‘global’ dos direitos humanos, como forma de resguardar esses mesmos povos destituídos de uma cidadania plena<sup>278</sup>.

Sua crítica coincide com a de diversos outros autores, como por exemplo Thomas Pogge, no sentido de que seria indispensável que se permitisse, principalmente às minorias, a oportunidade de apelarem ou lutarem em instituições oficiais contra particularismos, supressões ou construções injustas de direitos advindas de grupos étnicos majoritários com os quais são obrigados a conviver, sendo, portanto, estritamente necessário um monitoramento internacional permanente em várias áreas de cinturões de excluídos<sup>279</sup>.

Quanto a esse ponto, Thomas Pogge relembra que a exigência do vínculo de nacionalidade cria abismos e diferenças desnecessárias entre indivíduos, possibilitando a uns o amplo acesso a todos os tipos de direitos, enquanto outros seriam confinados a um

---

<sup>277</sup> Dentre as diversas críticas citemos o seguinte trecho, por exemplo: “ Um pouco por todo o lado, o romantismo levava, por seu turno, à exaltação do nacionalismo e do primado «holista» do povo, exaltação que, fosse qual fosse o contexto «progressista» no qual ela se instalasse , implicava necessariamente uma subordinação dos direitos individuais, os quais, de *inalienáveis* que eram para a filosofia dos direitos do homem, *se tornavam condicionais*: era fácil sacrificá-los aos interesses da totalidade particular que era a nação ou a etnia”. HAARSCHER, Guy. **A filosofia dos direitos do homem**. Lisboa: Instituto Piaget.1993, p. 103.

<sup>278</sup> Cf.IGNATIEFF, Michel. **I. Human Rights as Politics. The Tanner Lectures on Human Values**. Delivered at Princeton University’s Center for Human Values. April 4–7, 2000, disponível em: [http://tannerlectures.utah.edu/documents/a-to-z/i/ignatieff\\_01.pdf](http://tannerlectures.utah.edu/documents/a-to-z/i/ignatieff_01.pdf). Consultado em: 03.12.2015.

<sup>279</sup> *Idem*.

tratamento desfavorável desde o princípio, sem qualquer chance de a situação dos indivíduos virem a se igualar, haja vista o desnivelamento imposto desde sempre. A seu ver, seria como se confinasse o não-nacional a uma constante situação desfavorável e menos benéfica em relação ao nacional<sup>280</sup>.

Sua crítica pode, ainda, ser complementada com outra questão lembrada por Michael Ignatieff, o qual assinala que, sem se dar a oportunidade de os membros das minorias identitárias comporem a cúpula legislativa ou indicarem representantes diretos para o fazer, suas necessidades e seus anseios dificilmente seriam alçados à categoria de direitos a serem protegidos pelos Estados, eis que suas historicidades e complexas experiências de vida não seriam facilmente compreendidas por quem não fizesse parte direta da comunidade e, por conseguinte, não poderiam ser reclamadas ou atendidas pelos elaboradores do catálogo de direitos humanos estatal<sup>281</sup>.

Observa-se, assim, que mesmo aqueles povos já acolhidos pelos Estados, caso não façam parte da maioria identitária daquele Estado-nação dificilmente terão seus pleitos e seus direitos integralmente atingidos, inclusive devido à falta de acesso à máquina legislativa e executiva do poder estatal.

Nesse aspecto, a crítica à ideia de ‘nacionalismo totalizante’, pois muitas vezes a obrigatoriedade de o indivíduo se subordinar a uma nacionalidade específica para ter acesso à proteção integral de seus direitos perante o Estado no qual vive gera problemas e dilemas insuperáveis ao longo dos anos.

De fato, muitos são céticos em relação à capacidade de a proteção mediata dos direitos humanos pelos Estados abranger todos os grupos humanos, eis que é indesmentível que o número de pessoas não acolhidas por um Estado-nação é crescente e alarmante. Não há previsão de diminuição ou melhoramento do problema dos indivíduos sem pátria, de modo que permanece um grande fosso, em relação à proteção desses indivíduos na configuração estatocêntrica contemporânea, baseada numa ‘anarquia’ internacional.

---

<sup>280</sup> POGGE, Thomas. **World Poverty and Human Rights**. Cambridge: Polity Press, 2008, p.124 e ss.

<sup>281</sup> IGNATIEFF, Michael. **The needs of strangers**. New York: Picador, 2001, p.141 e ss.

É certo que, com o fim da Primeira Guerra mundial foram pactuados Tratados das Minorias no intuito de amenizar os danos dessas coletividades, e, posteriormente, novos tratados internacionais ou acordos bilaterais entre Estados foram assinados, mas a situação permanece catastrófica, a exemplo, do crescente fluxo de refugiados que não para de chegar na Europa das zonas de conflitos e de guerras orientais, gerando uma confusão diplomática entre os países da União Européia e um impasse sem igual.

Tome-se, nomeadamente, o caso dos apátridas e dos refugiados. Embora a situação dos dois seja distinta em diversos aspectos, dificilmente ambos serão efetivamente protegidos por algum Estado nacional. O fenômeno da apatridia, por exemplo, tem sido persistente e tem gerado consequências bastante profundas, inclusive porque os apátridas, por não terem vínculo de ‘nacionalidade’ com nenhum Estado, seja por algum critério restritivo de seu Estado de origem, ou por terem sido destituídos de sua nacionalidade originária por alguma razão político-social, estariam impedidos de praticar diversos atos da vida civil, assim como, muitas vezes, de locomover-se como imigrantes para adentrar outros Estados.

Trata-se de uma das massas populacionais com número mais impactante na história contemporânea (cerca de onze milhões de indivíduos em 2014), constituindo um grupo humano em progressivo crescimento desde o fim da Segunda Guerra Mundial, quando várias naturalizações foram revogadas, principalmente por muitos Estados europeus, por ausência de ‘conexão genuína’ das pessoas com o seu Estado de adoção. É sabido que quase todos os países europeus aprovaram, entre as duas grandes guerras, alguma legislação que permitisse a rejeição de parte de seus habitantes, mas somente após a Segunda Guerra houve a introdução do cancelamento em massa de naturalizações, a começar pelo Estado Alemão Nazista de 1933, a atingir todos os alemães naturalizados de origem judaica<sup>282</sup>.

Bem de ver, foram vários os fatores a concorrer, desde o fim da Primeira Guerra Mundial, para o incremento dessa nova categoria de indivíduos sem proteção de um Estado nacional, desde eventos políticos, até conflitos entre Estados vizinhos, ou embates armados

---

<sup>282</sup> Cf. O primeiro Estado a promulgar uma lei que permitisse a ‘desnacionalização’ foi a França, em 1915, relativamente aos cidadãos de origem inimiga que mantivessem sua naturalidade de origem. Portugal, em 1916, passou a desnaturalizar todos os nascidos de pai alemão. A Bélgica, em 1922, emitiu lei que cancelava a naturalização de pessoas que houvessem cometido crimes contra o Estado durante a guerra. Em 1926, foi a Itália a permitir que qualquer indivíduo que não fosse ‘digno da cidadania italiana’ ou constituísse ameaça à ordem pública pudesse ser desnaturalizado. E assim foi com o Egito, Turquia, Áustria, e, por fim, Alemanha. ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, pp.310 e ss.

internos, tudo contribuiu e diversos fatores externos e internos permanecem a colaborar para o aumento dessa massa de apátridas, a qual passou a ser protegida pela Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, adotada em 1954. Ela atribuiu aos Estados membros o dever de conceder aos apátridas que vivessem em seu território nacional tratamento semelhante aos seus nacionais, tanto em questões de educação pública, quanto em relação à assistência pública, ao acesso à moradia, à atividade remunerada, aos tribunais locais, entre outros; do que se infere, que mesmo nesses casos, em que não há um vínculo de nacionalidade entre o apátrida e o Estado receptor, a proteção ele direcionada, seria a proteção mediata, ou seja, dependente da atuação do Estado acolhedor do não-nacional, inclusive porque muitos dos direitos em questão pertenceriam à categoria dos 'direitos-créditos', referentes aos direitos sociais, econômicos e culturais.

Os refugiados também são outro grave problema. Segundo a Convenção dos Refugiados, aprovada em 1951, refugiados seriam aqueles obrigados a fugir de seu Estado-nação e a procurar abrigo e proteção em outro território soberano, por fundado temor de perseguição por motivos vários, sejam eles religiosos, políticos, preconceituosos, racistas ou outros. Tal convenção, todavia, apenas aplicar-se-ia nos casos de vazios de proteção estatal dos refugiados, eis que, segundo se observa dos seus dispositivos, ela não seria empregada nas hipóteses em que o refugiado já se encontrasse acolhido pelo Estado receptor, e em exercício dos seus direitos básicos e primordiais (artigo 1º, Capítulo 1, das Disposições Gerais da Convenção) e, nos mesmos moldes da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, partiria de uma proteção mediata dos indivíduos, eis que dependente do Estado que os acolhesse, isso porque impor-se-ia aos Estados onde os refugiados se encontrassem no sentido de igualar o tratamento destes aos dos seus nacionais, no que se refere, principalmente aos direitos de segunda dimensão, os denominados direitos-créditos.

O fenômeno dessas massas de refugiados destituídas de território e Estado, todavia, permanece ainda sem perspectiva de solução, pois, desde que eclodiu após a Segunda Guerra Mundial, o instituto do 'asiló' passou a ser utilizado com mais parcimônia e restrição, e observou-se que seria, a partir de então, quase impossível extinguir o fenômeno dos refugiados, bem como que seria, no mínimo, complexo, transformar os refugiados em cidadãos plenos dos Estados de abrigo. As duas opções tradicionais viáveis seriam a repatriação e a naturalização, ambas, todavia, mostraram-se insuficientes para resolver o

problema ao longo dos anos, inclusive pela impotência de diversos Estados, incapazes de chegar a uma solução conjunta satisfatória ou de solucionar a questão por si sós<sup>283</sup>.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, e na tentativa de buscar uma saída comum e eficaz para todos os Estados, haja vista ser impraticável uma solução isolada por parte de cada Estado-nação envolvido, instituiu-se, por resolução da Assembléia Geral das Nações Unidas em 1950, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, a ser financiado por doações de Estados de todo o mundo, o qual, desde então, vem tomando várias medidas humanitárias na defesa dos direitos dos apátridas e refugiados, inclusive para os casos de deslocamentos internos não protegidos pelos Estados. Sua atuação inclui a (i) integração local dos refugiados e apátridas, a (ii) repatriação voluntária e o (iii) reassentamento, por exemplo.

A integração local busca a inserção plena do refugiado na sociedade onde busca abrigo, a partir da colaboração tanto de institutos governamentais, quanto de não governamentais. A repatriação voluntária, por seu turno, pretende o regresso do refugiado ao seu Estado de origem, uma vez finalizadas as condições que o fizeram deixar seu Estado. Já o reassentamento, aplica-se naqueles situações em que o refugiado não pode mais permanecer no Estado no qual requereu abrigo, seja por não adaptar-se integralmente, ou por continuar a sofrer perseguições, ou por outros motivos que o impedem de permanecer tranquilo naquela circunstância.

Tanto os refugiados quanto os apátridas encontrar-se-iam, a partir de então, muitas vezes em situação de total ilegalidade dentro dos novos Estados, impotentes e sem poder ter acesso pleno à saúde, educação ou possibilidade de moradia, permaneceriam como um dos grandes pontos de tensão dentro dos Estados-nação, principalmente naqueles mais procurados pelos imigrantes. Disso se observa que (i) o fato de a proteção dos refugiados e apátridas necessariamente depender de uma garantia oriunda de um ente estatal, estando os organismos internacionais impedidos de protegê-los de forma imediata, adicionado à circunstância de (ii) os Estados terem a prerrogativa, baseada em sua soberania e autonomia, de acolher ou não os refugiados e apátridas como seus cidadãos; que os direitos humanos, nesses casos, mostrar-se-iam, inócuos ou ineficazes, devido a essas lacunas de proteção, não

---

<sup>283</sup> Cf. ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, pp.310 e ss.

completamente solucionadas pelas convenções internacionais, principalmente nos casos de indivíduos que não fossem cidadãos plenos de nenhum Estado.

Ressalte-se, nesse aspecto, que não apenas os apátridas, refugiados e imigrantes enfrentariam o risco de não alcançarem a integral proteção de seus direitos, devido à exigência de uma proteção mediata por parte dos Estados, a impedir que organismos internacionais atuassem diretamente para a salvaguarda direta desses direitos, principalmente aqueles referentes aos denominados ‘direitos-créditos’. Os próprios habitantes legais dos Estados também poderiam ter a livre fruição de seus direitos ameaçada, eis que, fariam parte de um cinturão de confinamento de minorias identitárias impossibilitadas de participarem ativamente da vida pública e de alcançarem plenamente a proteção de seus direitos.

Tais vácuos subjetivos da proteção dos direitos humanos pelos Estados estariam, portanto, na essência de muitos dos dilemas que o mundo contemporâneo segue vivendo, sem lograr solução. Seriam eles, pois, algumas das principais razões do ceticismo de alguns estudiosos que leva à crença genericamente partilhada de que o vínculo de nacionalidade seria um dos aspectos impeditivos à integral proteção mediata do ser humano pelos Estados.

Não se desconhece que essa crítica assemelha-se às críticas atinentes a uma proteção supranacional dos direitos humanos por organismos internacionais, haja vista a também ausência de um elemento de identidade única e coesa em vários dos organismos internacionais que contemporaneamente são apontados como o futuro da proteção dos direitos humanos, a exemplo da União Europeia.

É cediço que, assim como os Estados-nação, os organismos superestatais também estão sujeitos a essas reprovações atinentes à ausência de uma identidade comum integral e também geram amplos debates acerca de sua legitimidade de atuação<sup>284</sup>, mas a construção desses mecanismos, diferentemente do Estado-nação, não exige a ideia de nacionalidade comum, nem poderia exigir, sob pena de tais institutos estarem fadados a serem completamente esvaziados em seu objetivo, eis que se identidade entre povos, dentro de um mesmo Estado, já é um elemento difícil de ser encontrado, o que se dizer de uma identidade

---

<sup>284</sup> Para mais: COUTINHO, Luís P. Pereira. **Instituições Políticas Supranacionais: algumas notas**. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-políticas (ICJP). Estudos de Docentes. Disponível em: <http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/757-1152.pdf>. Consultado em: 12.11..2015.

nacional entre populações de Estados tão diversos, como são os pertencentes a nacionalidades distintas e sem traços de uma etnia comum aparente. A esses mecanismos supranacionais cabe utilizar outro elemento ou fator de agregação distinto de algo que se assemelhe a uma ‘nacionalidade comum’, a fim de se legitimarem como institutos plenamente válidos.

Voltando aos Estados-nação, tais lacunas subjetivas também seriam passíveis de serem preenchidas e solucionadas, à princípio, desobrigando-se os indivíduos a necessariamente estabelecerem um vínculo de nacionalidade com os Estados como exigência para alcançarem a plena proteção de os seus direitos humanos, tendo em vista, inclusive que essa ideia de identidade nacional totalizante e excludente não mais tem ampla aceitação entre todos os indivíduos, ao contrário, muitas vezes geram sentimentos de revolta e instigam fanatismos e idolatrismos exagerados e desproporcionais.

Ocorre, todavia, que não são apenas essas as insuficiências atribuídas ao Estado-nação a dificultarem a plena proteção mediata dos direitos humanos, outras também podem ser elencadas, como os impedimentos de ordem estrutural-institucional, a seguir exemplificados.

#### **2.4. Vazios estruturais: o Estado do século XXI e suas insuficiências funcionais**

O debate acerca da proteção dos direitos humanos, após perpassar seus antecedentes históricos e a análise da construção de seus fundamentos filosófico-políticos iniciais, não poderia passar ao largo da análise do Estado como ente inserido no cenário mundial contemporâneo, marcado por profundas transformações em suas relações sócioeconômicas, bem como pautado por uma mundialização dos vínculos sociais, e barreiras várias a impedir a manutenção de um Estado tal como aquele pensado no século XVIII.

O conjunto de transformações a se manifestarem no mundo hodierno e a interferirem na configuração atual do Estado, inescapavelmente também provoca insuficiências na atuação protetiva do Estado-nação, dificultando a plena proteção mediata dos direitos humanos, pois termina por interferir e causar erosões na estrutura estatal, impulsionando a tão comentada ‘crise do Estado’, sentida em, no mínimo, três frentes: (i)

conceitual, (ii) estrutural e (iii) institucional e provocando, por fim, impedimentos à proteção estatal mediata dos direitos humanos<sup>285</sup>.

Quanto às três frentes da crise do Estado, a bem da verdade, estão intrinsecamente relacionadas. A crise conceitual, por exemplo, advém do ceticismo de se acreditar numa soberania estatal não mais existente nos mesmos moldes pensados no século XVIII, pois há um inevitável processo de erosão da soberania do Estado, uma quase que inescapável privação da sua capacidade de “manter a sua unidade interna própria” e de “fazer valer sua soberania externa no domínio econômico”<sup>286</sup>.

Esse processo de perda de parcela das soberania estatal para agentes privados, todavia, tem se mostrado contínuo e persistente. Várias das peculiaridades que conceitualmente caracterizam e diferenciam o Estado moderno de outras instituições, desde sua gênese, estão sendo transferidas e dilapidadas, daí a anunciada crise conceitual.

Quanto à crise estrutural, essa também passa por essa erosão das instituições públicas. Todo o arcabouço institucional incorporado pelo Estado ao longo dos anos enfrenta um paulatino processo de retorno ao setor privado. Desde os intitutos voltados à educação, à saúde, à exploração de bens minerais típicos de uma maior proteção estatal, até as próprias forças armadas e exército estão a ser transferidos<sup>287</sup>, aos poucos, à iniciativa privada, de modo a esvaziar a máquina estatal. O Estado, destarte, perde parcela de sua força e de seu poder. Sua estrutura, uma vez esvaziada e minimizada, passa a voltar-se, tão somente, para o tido como núcleo essencial do Estado.

No que se refere à crise institucional, ela envolve a transferência do poder soberano no âmbito econômico e político-jurídico<sup>288</sup>. No âmbito econômico, por exemplo, a independência econômico-financeira garantida aos Estados, sobretudo após a paz de Vestfália, e mantida ao longo dos séculos XIX e XX, com a autonomia total do Estado na

---

<sup>285</sup> Classificação utilizada por MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2º Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

<sup>286</sup> Anderson Vichinkesk em seu livro **A teoria Pluriversalista do Direito Internacional**, São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 132.

<sup>287</sup> Em relação à privatização das forças armadas, conferir: SCAHILL, Jeremy. **Blackwater: a ascensão do exército mercenário mais poderoso do mundo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

<sup>288</sup> Para mais TEUBNER, Gunther. **A Bukowina Global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional**. Disponível em: <http://www.unimep.br/phpg/editora/revistaspdf/imp33art01.pdf>. Consultado em 12.01.2015.

produção de moedas, fiscalização do fluxo de bens e serviços, assim como arrecadação de impostos e controle de divisas financeiras, foi, aos poucos, tornando-se insustentável diante dos novos fluxos de mercado nacionais e internacionais e da crescente quebra de barreiras e fronteiras entre Estados<sup>289</sup>.

Contemporaneamente, o Estado não dispõe mais do monopólio de mercado. Quatro são os agentes considerados principais, dentre outros, a atuar no mercado internacional e a direcionar as regras de comércio, tanto no que se refere ao fluxo da economia, quanto à valorização de moedas nacionais, padrões de remuneração dos assalariados e estabilização financeira: (i) empresas multinacionais, (ii) empresas transnacionais, (iii) investidores privados orientados por relatórios de bancos de investimentos fundados em axiomas financeiros e (iv) organismos representantes de bancos regionais, mundiais ou de instituições financeiras regionais autorizados a impor limites e regras para fins de autorização de empréstimos financeiros de grande vulto.

Tome-se, por exemplo, o caso do Banco Mundial e do Fundo Monetário Internacional, capazes de, por si sós, alterar a rota de atuação de muitos Estados, tanto que Bauman quanto a esse aspecto ressalta expressamente que “abrir todas as portas e abandonar qualquer ideia de autonomia na política econômica é, todavia, a precondição, que docilmente se aceita, para ser admitido à assistência financeira dos bancos mundiais e dos fundos monetários”.<sup>290</sup>

Bem de ver, a capacidade de monitorar e direcionar as regras de mercado passa, assim, parcialmente a esses agentes distintos do Estado, que, muitas vezes, no caso dos agentes privados, principalmente por deter a propriedade de grande parcela de empresas, terminam por ter grande poder de gerência e de interferência na economia de mercado. Nesse aspecto, já há estudos a comprovar que a atuação de empresas privadas transnacionais ou multinacionais, pela concentração de poder operacional que dispõem, tem a possibilidade de

---

<sup>289</sup> “A capacidade de determinar como os recursos econômicos seriam alocados dentro da cadeia produtiva e como a questão da mão de obra seria tratada – desde a formação até os padrões de remuneração – são prerrogativas que paulatinamente foram sendo retiradas do poder estatal e passadas para agentes cuja natureza nem sempre se encontra vinculada aos princípios que orientam a política socioeconômica do Estado.” Anderson Vichinkesk em seu livro **A teoria Pluriversalista do Direito Internacional**, São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 132.

<sup>290</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, p. 71.

interferir nos mecanismos de competição de mercado e na estabilidade financeira regional<sup>291</sup>, muitas vezes ajudados e apoiados pelos Estados nos quais mantêm a sede de suas matrizes principais.

Após essas mudanças de prerrogativas estatais, competiria ao Estado do século XXI, tão somente, a criação de mecanismos de estímulos para determinados setores da economia, ou para atração de investimento externo, seja por meio da desoneração de impostos ou por meio da definição de políticas públicas voltadas à melhoria de estruturas internas para atração de investidores. O Estado perde, assim, grande parcela de sua soberania econômica e passa a ser apenas mais um ator de regulação na multicêntrica cena da economia mundial.

Quanto ao outro aspecto de sua soberania, o jurídico-político, haveria essa perda, em razão da alteração da própria conjuntura mundial, na qual os problemas se desterritorializam e passam a ser inevitavelmente globais e complexos, do que exigem soluções conjuntas e não mais privativas de cada Estado-nação, obrigando os Estados a buscarem organismos supranacionais para sanar dificuldades que extrapolam seu território.

Os Estados perdem, assim, a capacidade de solucionar suas questões apenas com a atuação interna e direta dentro de seus territórios, dando ensejo a um novo fenômeno do globalismo político-jurídico no qual criam-se diversas estruturas pluriestratificadas destinadas a direcionar políticas públicas globais conjuntas de diversos Estados<sup>292</sup>.

Concebem-se, destarte, diversos grupos de representação supranacional, para os quais o Estado delega parte de sua soberania política e jurídica, e parcela de suas prerrogativas e autonomia, eis que, a partir de então, restaria sempre envolvido nas políticas públicas e econômicas decididas pelo bloco ou ente supranacional ao qual pertencesse e assim o faria também por pressões internas e externas das empresas cujos investimentos estaria disposto a atrair. Isso porque grande parte das empresas estaria mais interessada em investir

---

<sup>291</sup> Para mais VITALI, Stefania. GLATTFELDER, James B. BATTISTON, Stefano. **The Network of Global Corporate Control**, 2011. Disponível em <http://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0025995>. Consultado em: 20.04.2015.

<sup>292</sup> Cf. HELD, David. MCGREW, Anthony. *Globalization/Anti-globalization.in The Global Transformations Reader*. Cambridge: Polity Press, 2003.

em Estados que estivessem dispostos a seguir regras severas, previsíveis e pré-estabelecidas por mecanismos regionais ou blocos supranacionais<sup>293</sup>.

A própria resolução de conflitos jurídicos também seria passível de delegação e, assim fariam os Estados, a utilizar-se de tribunais de arbitragem internacionais, por exemplo, ou até mesmo de mecanismos de organismos internacionais aos quais pertenceriam, como, por exemplo, a Organização Mundial do Comércio.

Observa-se, destarte, que, a partir do “momento em que as decisões mais importantes nos âmbitos econômico, financeiro e do desenvolvimento não são tomadas por órgãos institucionais, como manda o sistema democrático”<sup>294</sup>, entra em crise o próprio modelo Vestfaliano e todo o sistema a partir dele criado, o que inclui o modelo de proteção dos direitos humanos eminentemente estatal, haja a vista a perda de diversas qualidades típicas da soberania estatal ao longo dos séculos (segundo alguns autores, tais qualidades nunca chegariam a ser incorporadas ao Estado<sup>295</sup>).

Percebe-se, assim, que a proteção eminentemente estatal dos direitos humanos, enfrentaria várias complexidades, advindas desses vácuos e fossos de soberania, contemporaneamente sofridos pelos entes estatais, dentre elas, o próprio esvaziamento da soberania jurídico-política e econômica estatal, pois uma vez incapaz de solucionar, por si só, suas questões econômicas ou seus problemas políticos, o Estado estaria impotente para satisfazer muitas das demandas exigidas pelos seus nacionais, eis que dependeria dos bons fluidos da economia de mercado direcionada por outros agentes que não os públicos, bem assim sujeitar-se-ia à situação benéfica ou não da conjuntura externa ou até mesmo a um direcionamento favorável ou não por parte do bloco ou organização supraestatal à qual pertencesse.

Note-se, por exemplo, o caso dos direitos de segunda dimensão como os econômicos, sociais e culturais. Segundo a normativa internacional contemporânea, mais precisamente o Pacto dos direitos econômicos, sociais e culturais, competiria ao Estado a

---

<sup>293</sup> VICHINKESK, Anderson. **A teoria Pluriversalista do Direito Internacional**, São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 140.

<sup>294</sup> BAUMAN, Zygmunt, BORDONI, Carlo, **Estado de Crise**. Rio de Janeiro: Zahar, 2016, p.42.

<sup>295</sup> *Idem*.

proteção do direito dos seus nacionais, e ao organismo internacional correspondente apenas se atribuiria uma proteção ‘mediata’ dos direitos humanos, limitada a elaboração de um relatório com algumas recomendações. Ocorre que, muitas vezes, o Estado estaria impossibilitado de seguir tais recomendações, as quais, em geral, envolvem a otimização de um serviço público ou a disponibilização de um bem. Isso porque a efetivação desses direitos envolveria a disponibilidade orçamentária, bem assim a ausência de qualquer comprometimento com organismos externos, como também uma conjuntura econômica propícia para o Estado oferecer tal bem, fatores esses, alheios ao poder de interferência estatal.

Há, nesse sentido, vários exemplos dessa impossibilidade de proteção integral dos direitos humanos diretamente pelo Estado, em razão de obstruções exôgenas sob as quais o Estado não teria qualquer ingerência, como o caso das medidas de austeridade impostas a diversos Estados componentes da União Europeia, os quais terminaram por compelir os Estados a descumprirem ou a desrespeitarem alguns direitos humanos, em razão de certas exigências específicas ou em decorrência de, por exemplo, restrições orçamentárias obrigatórias<sup>296</sup>.

Também não se pode deixar de mencionar que muitos Estados componentes da União Europeia permaneceram sem poder otimizar serviços ou o oferecimento de bens necessários à proteção dos direitos de seus nacionais, enquanto estavam cumprindo metas e obrigações pactuadas com o restante do bloco da União Europeia, o que demonstra que efetivamente há vácuos de soberania estatal a impedir a proteção mediata e integral dos direitos humanos por parte de vários Estados contemporâneos.

Ressalte-se que não se está com isso a afastar, por completo, a validade da proteção mediata dos direitos humanos pelos Estados, mas apenas a relembrar algumas das lacunas mais persistentes na salvaguarda dos direitos pelos Estados contemporâneos a impedir a plena e integral proteção desses direitos e, portanto, algumas das principais críticas que levaram muitos doutrinadores a repensar mecanismos internacionais mais abrangentes e autônomos de proteção dos direitos humanos, alguns dos quais serão analisados no próximo capítulo.

---

<sup>296</sup> Pelo menos assim pensam alguns estudiosos como, por exemplo, Mariana Canotilho. Cf. <http://www.cedu.direito.uminho.pt/uploads/Di%C3%A1rio%20do%20Minho.pdf>. Consultado em 20.03.2015.

### **3. PERSPECTIVAS DE UMA JUSTIÇA GLOBAL - DIREITOS HUMANOS COSMOPOLITAS?**

#### **3.1. Antecedentes históricos: o longo caminho para o internacionalismo**

Como visto nos capítulos anteriores, os direitos humanos do Século XIX e início do Século XX dependiam da posituação e da proteção do Estado nacional. Eram estritamente locais e baseados na autonomia soberana dos Estados, únicos legitimados a tomar todas as cautelas necessárias para a proteção dos direitos humanos de seus cidadãos.

Ao longo dos séculos, algumas mutações normativas levariam tais Estados a abranger mais direitos humanos e acabariam por impulsionar alterações conceituais e procedimentais na ideia de soberania. Ambas as concepções, incorporadas ao paradigma jurídico, em momentos históricos semelhantes, terminariam por mutuamente influenciarem-se, construindo-se de forma autônoma, mas interdependente, segundo o entendimento dominante e genericamente partilhado.

Posteriormente, o conceito de soberania, de Estado nacional e a própria estrutura do nascente direito constitucional necessitaram ajustar-se às mudanças trazidas pelas revoluções e pelas reivindicações dos indivíduos, abandonando a forte regulação e o intenso controle vividos no período do absolutismo monárquico<sup>297</sup>.

Essa necessidade de adaptação do conceito de soberania, contudo, não se resumiu a um momento isolado. Esse movimento pós-revolucionário por limitações ao caráter absoluto da soberania, ao revés, deu ensejo a um progressivo processo de restrição da soberania estatal que, naquela oportunidade apenas lapidaria a atuação estatal, mas, posteriormente, a partir dos séculos XIX e XX, ganharia tamanha força capaz de ameaçar a própria estrutura essencial do Estado soberano, gerando consequências futuras aptas a

---

<sup>297</sup> “A partir desse período de revoluções, a “constituição moderna” sai fortalecida como sendo tanto o espaço legítimo para o embate político entre Estado e povo quanto a síntese deste mesmo embate.” TEIXEIRA, Anderson Vichinkesk em seu livro **A teoria Pluriversalista do Direito Internacional**, São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 117.

provocar severas críticas a atingir a própria possibilidade de existência do Estado-nação, no século XXI<sup>298</sup>, como observado no tópico anterior.

Ademais, a grande massa de apátridas, refugiados e imigrantes observada, primeiramente, no período entre guerras e drasticamente aumentada após a segunda guerra mundial, juntamente com o fenômeno do estouro da bárbarie dos totalitarismos nazista e stalinista, assim como da explosão das grandes guerras que arrasariam grande parte do seio da Europa na primeira metade do século XX, vieriam a ser elementos a representar a frustrante insuficiência do modelo nacional-positivista a lastrear estrutura estatal de proteção dos direitos humanos.

Desmoralizado, o paradigma da proteção nacional dos direitos humanos demonstrar-se-ia insuficiente para, isolado, proteger integralmente os indivíduos, por diversos fatores. A começar pelo fato de que um sistema de garantia de direitos humanos lastreado, tão somente, nos direitos ´positivados´ e reconhecidos nacionalmente poderia apresentar diversos tipos de falhas e omissões, como observado no capítulo anterior, eis que caberia precipuamente ao Estado soberano eleger quem mereceria as garantias de proteção, como e em que circunstâncias os direitos individuais deveriam ser resguardados, o que a história revelou ser bastante temerário.

O legado totalitarista de completo desamparo de alguns seres humanos terminaria por comprovar a emergente necessidade de uma reconstrução dos direitos humanos sob uma nova ótica. Mostrar-se-ia indispensável que o resguardo dos direitos deixasse de ser, portanto, considerado como domínio exclusivo dos Estados, pois a experiência teria demonstrado que esse sistema, puramente estatal, estava sujeito a graves lacunas e eventuais falhas<sup>299</sup>.

Constatava-se, ao cabo, que a proteção genuinamente estatal dos seres humanos terminava por gerar intoleráveis omissões. Note-se, nesse aspecto, que não haviam sido concebidas, ainda, suficientes normas ou instituições capazes de proteger, com eficiência, os que não se encontravam acolhidos como nacionais de um Estado ou aqueles que, após fugir de seu Estado de origem, dirigiam-se a outro em busca de abrigo. Nem mesmo havia regras

---

<sup>298</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkesk em seu livro **A teoria Pluriversalista do Direito Internacional**, São Paulo: Martins Fontes, 2011, p.117 e ss.

<sup>299</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional**. São Paulo: Saraiva. 5ª Edição. 2015., p.66.

bastantes a resguardar os direitos daqueles que viviam em um Estado sem condições de proteger os seus cidadãos, fosse por se encontrarem em uma situação de governos altamente autoritários, ou por estarem em uma situação de conflito interno ou com outros Estados.

A concepção de direitos humanos, embasada no positivismo nacionalista estatal, sofreria, paulatinamente, após muitas críticas, mutações e reconfigurações. Passar-se-ia, principalmente após o término da Segunda Grande Guerra a aceitar-se mais amplamente que a proteção dos direitos humanos poderia ser uma preocupação internacional e não meramente local.

Passar-se-ia, desse modo, a buscar um novo formato de proteção, uma garantia universalmente aceita, mesmo na ausência dos Estados. Os direitos humanos seriam, destarte, resguardados pelo próprio Direito Internacional, ainda que, em alguns casos, de forma subsidiária e mediata e apenas no caso de falhas do ente estatal.

Não se desconhece que, desde a segunda metade do século XIX, já existiam, justamente para amenizar essas falhas da proteção estatal, tentativas de internacionalização dos direitos humanos, as quais manifestar-se-iam, a princípio, em três frentes: (i) o direito humanitário; (ii) a luta contra a escravidão; (iii) a regulação dos direitos do trabalhador assalariado.

No primeiro caso, a tentativa de internacionalizar tais direitos, remonta à Convenção de Genebra de 1864, a partir da qual fundou-se, em 1880, a Comissão Internacional da Cruz Vermelha. Em 1907, tal Convenção fora revista para a ela serem integrados os casos de conflitos marítimos e, novamente, em 1929, para se garantir a proteção dos prisioneiros de guerra.

Quanto à luta contra a escravatura, em 1890, houve o Ato Geral da Conferência de Bruxelas, que estabeleceu as primeiras regras interestatais de repressão ao tráfico de escravos, embora já existissem alguns regramentos esparsos, apenas entre alguns Estados.

Posteriormente, 1919, quanto à outra frente de internacionalização dos direitos humanos, foi criada a Organização Internacional do Trabalho, para regular e proteger os

direitos dos trabalhadores, a qual, ao término da Segunda Guerra Mundial, já havia publicado 67 convenções internacionais, muitas delas ratificadas por mais de cem Estados<sup>300</sup>.

Ao processo de ‘internacionalização’ dos direitos, antes centrados na figura estatal, reconhecer-se-ia, ainda, a força inicial do impulso advindo da criação das Sociedades das Nações, em 1919. A partir de então, principalmente após a Revolução Comunista na Rússia, e de muitos debates sobre a responsabilidade da comunidade internacional no tratamento dos indivíduos em situação de desamparo e sem adequada proteção estatal, estabelecer-se-ia o Conselho da Sociedade das Nações, o qual viria a autorizar a criação do Alto Comissariado para Refugiados, inicialmente dirigido ao resguardo dos refugiados russos, mas, posteriormente, destinado também à proteção de outros asilados<sup>301</sup>.

Após a Segunda Guerra Mundial, uma estrutura distinta, baseada na Organização das Nações Unidas, foi sendo implementada e, aos poucos, algumas lacunas do sistema de proteção estatal foram sendo preenchidas, como, por exemplo, o resguardo dos indivíduos não albergados por nenhum Estado, ou dos nacionais de um Estado em situação de guerra e, por conseguinte, incapaz de resguardar plenamente o direito de seus cidadãos.

Para tanto a salvaguarda internacional dos direitos humanos versaria, a princípio, sobre três âmbitos de atuação, cada qual com suas peculiaridades e especificidades, mas complementares entre si: o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), o Direito Internacional Humanitário (DIH) e o Direito Internacional dos Refugiados (DIR)<sup>302</sup>. Ao primeiro incumbiria o resguardo dos indivíduos em todos os seus aspectos e situações, ao segundo caberia a função de proteção dos ser humano em contexto de guerras e conflitos armados internos ou internacionais; à terceira vertente de proteção competiria o resguardo dos refugiados, daqueles que, fora do território de seu Estado de origem, encontrar-se-iam desabrigados e mais vulneráveis a vários tipos de agressões.

---

<sup>300</sup> Para mais: COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10<sup>o</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

<sup>301</sup> Esse Alto Comissariado para Refugiados teria sido criado para tratar o problema específico dos refugiados russos, mas o aumento dos problemas envolvendo os asilados armênios na Grécia terminou por envolver o mandato do Comissariado, gerando uma configuração mais englobante de suas atribuições. Posteriormente, em 1931, criou-se o Escritório Internacional nansen para Refugiados, com a atribuição de apoiar amplamente os refugiados internacionais.

<sup>302</sup> Classificação usada por RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional**. São Paulo: Saraiva. 5<sup>o</sup> Edição. 2015., p.66 e ss.

Esse novo modelo fundado na Organização das Nações Unidas teve seu início marcado pelo término da Segunda Guerra Mundial, mas, como cediço, as tentativas de reconfiguração do sistema estatal de salvaguarda dos direitos humanos já estariam em andamento há algum tempo. Bem de ver, no caso do Direito Internacional Humanitário, como observado alhures, o início de sua concepção remonta à segunda metade do século XIX e ao advento da Revolução Industrial no centro da Europa, período esse que foi marcado por diversos conflitos e pelas tentativas de minimizar os efeitos nefastos desses combates<sup>303</sup>.

Quanto ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, depois de uma paulatina expansão e incorporação de diversas normas por parte de alguns Estados europeus, norteamericanos, latino-americanos, entre outros, cada um a seu tempo e modo, acreditava-se ter sido encontrado um núcleo de princípios tão básicos e necessários que nenhuma nação desejaria repudiá-los ou desprezá-los abertamente<sup>304</sup>, do que foi elaborada e publicada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, considerado como grande marco da história dos direitos humanos.

A vontade política de se costurar uma declaração internacional única com ampla aceitação entre os mais distintos Estados esteve tão presente nas tratativas iniciais que eventuais discussões mais profundas a respeito da natureza da proteção dos direitos humanos ou de suas origens, razões e causas foram afastadas e repelidas, eis que chegou-se à conclusão de que, independentemente de suas distintas motivações, fundamentações ou interpretações, a estruturação de uma proteção mais ampla dos direitos humanos, com a anuência de diversos Estados tão distintos, principalmente naquele momento histórico do pós-guerra, não poderia correr o risco de se perder em interpretações ou justificativas político-filosóficas, ou temas não-funcionais, tidos como não imprescindíveis à sua implementação<sup>305</sup>.

Quanto a esse aspecto, o fato de não se fazer constar de forma expressa, na versão final do texto, elementos essencialmente teocráticos, metafísicos ou cosmológicos, terminaria por possibilitar uma interpretação e uso da declaração de forma mais livre e aberta a depender de cada contexto histórico-cultural dos diversos Estados envolvidos, sem imposição de

---

<sup>303</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional**. São Paulo: Saraiva. 5ª Edição. 2015., p.69 e ss.

<sup>304</sup> Cf. GLENDON, Mary Ann. **A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights**. 1<sup>st</sup>. Ed. New York: Randomhouse, 2002

<sup>305</sup> *Idem*.

qualquer método interpretativo a partir de fundamentos teórico-filosóficos específicos, possibilitando a cada Estado, com seus métodos de interpretação e aplicação distintos, fossem eles baseados na *common law* ou na *civil law* -, que se apropriassem da Declaração da maneira que mais se adaptasse aos seus costumes e historicidades próprias<sup>306</sup>.

Sendo assim, os princípios com amplo reconhecimento e aceitação pelos Estados foram entrelaçados em um documento unificado capaz de aglutinar grande parte dos arquétipos de proteção antecedentes em um modelo central que serviria de inspiração e de influência para muitos dos instrumentos de direito que viriam a entrar em vigor a seguir e, o mais importante, desafiaria a visão de longa data de que o tratamento que um Estado soberano desse a seus próprios cidadãos seria apenas uma questão interna, sem interesse para o resto da sociedade<sup>307</sup>.

Bem de ver, há, portanto, uma concepção genericamente partilhada e, pouco criticada, da importância da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Isso porque ela, - abstraídas todas as discussões preparatórias entre participantes das mais diversas matizes interpretativas, advindos dos mais distintos Estados, com raízes filosóficas muitas vezes divergentes, e capazes, cada qual, de fundamentar os direitos humanos a partir das mais variadas significações ocidentais ou orientais, com justificativas várias para sua aceitação como discurso normativo capaz de receber valor moral - , passaria a ser o grande centro difusor dos direitos humanos, um núcleo ótimo de princípios e de regras de aceitação

---

<sup>306</sup> Nesse aspecto, alerta Alain Supiot que os direitos humanos devem ser aplicados em sua dimensão universal, como ferramentas de proteção passíveis de utilização por todos os grupos, sob pena de serem esvaziados pelas críticas relativistas, mas para tanto não podem sucumbir a nenhuma das tendências interpretativas mais graves, segundo ele: o messianismo, o comunitarismo e o cientificismo. O Messianismo seria tratar os direitos humanos como um texto revelado pelas sociedades consideradas evoluídas às comunidades ainda em desenvolvimento, para que não permaneçam involuídas, prevalecendo, destarte, uma interpretação literal dos direitos do homem. O Comunitarismo, por seu turno, seria considerar os direitos humanos como normas dirigidas apenas ao ocidente, sendo as suas concepções como a liberdade, a igualdade ou a democracia incomunicáveis a outras civilizações. O relativismo cultural prevalece nesse tipo de fundamentalismo que reduz a sociedade a comunidades, assim como as normas a estandartes imutáveis, cerradas a evoluções eventualmente propostas por fenômenos interpretativos. Finalmente, o Cientismo submeteria a interpretação dos direitos do homem aos comportamentos do indivíduo revelados pela ciência, tratamento endêmico no caso das ciências menos firmes de seus alicerces teóricos. Como, para esse fundamentalismo, os valores humanistas puros não seriam condizentes com a realidade social, deveriam ser interpretados à luz da economia e da biologia. Não incidindo em nenhum desses fundamentalismos, os direitos humanos podem ser respeitados e não devem cair em descrédito. Do contrário haveria o risco de se permitir que se propagassem, justamente pela ausência de uma compilação jurídica mínima acolhida mundialmente, o infindável repertório de atrocidades perpetradas, repetindo-se assim desumanidades históricas. SUPIOT, Alain. **Homo Juridicus: Ensaio sobre a função antropológica do direito**. Lisboa: Intituto Piaget. 219-230.

<sup>307</sup> Cf. GLENDON, Mary Ann. **A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights**. 1<sup>st</sup>. Ed. New York: Randomhouse, 2002.

universal, tendo se tornando a ‘estrela polar’ de um sem número de ativistas de direitos humanos internacionais, que passariam a utilizar-se da Carta para pressionar os governos que se recusassem a cumprir suas promessas, assim como para dar maior publicidade às denúncias de abusos que teriam permanecido intocados em épocas anteriores<sup>308</sup>.

Assim, juntamente com os princípios do direito penal internacional de Nuremberg e a Convenção sobre Genocídio de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos tornou-se um dos pilares de um novo sistema internacional, um sistema no qual o tratamento que um Estado viesse a dar a seus próprios cidadãos já não seria mais imune a um controle externo. Os direitos humanos restariam, assim, globalmente protegidos e difundidos, e os indivíduos passariam a ter seus direitos reconhecidos também na ordem internacional<sup>309</sup>.

### **3.2. O sistema ONU: desafios e fundamentos para uma gestão global da proteção dos direitos humanos**

A Declaração marcaria, destarte, um novo capítulo de uma história, constituindo uma reorganização mais ampla da ordem normativa das relações internacionais do pós-guerra, que incluiria ainda a Carta das Nações Unidas de 1945, a qual veda expressamente a guerra de agressão entre Estados; a Convenção para prevenção e a repressão do crime de Genocídio de 1948, direcionada à proteção contra o extermínio de grupos religiosos, raciais e étnicos; a revisão da Convenção de Genebra e respectivas Convenções de 1949, fortalecendo a proteção dos civis não-combatente; e a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 destinada à proteção do direito dos refugiados.

Nesse aspecto, a constituição das Nações Unidas e a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos assinalaria para uma nova configuração das relações internacionais e dos direitos humanos no mundo contemporâneo. A partir de então, existiriam novas normas, procedimentos, e instituições com atribuição para consolidar, criar e estabelecer leis válidas e recepcionadas como obrigatórias por diversos Estados.

---

<sup>308</sup> Cf. GLENDON, Mary Ann. **A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights**. 1<sup>st</sup>. Ed. New York: Randomhouse, 2002.

<sup>309</sup> *Idem*.

A estrutura nas Nações Unidas fora consolidada, destarte, para ultrapassar as omissões e imperfeições da anterior Liga das Nações, estabelecendo uma nova arquitetura apropriadamente desenhada para a reconfiguração das estruturas de poder e de força presentes após a Segunda Guerra Mundial, eis que as relações internacionais já não podiam mais ser as mesmas do período Vestifaliano, fortemente marcado pelo (i) reconhecimento de um divisão entre Estados soberanos com autonomia e autoridade integrais, únicos autorizados a consolidar, elaborar e constituir leis, (ii) relação entre Estados medida pelo uso da força, (iii) responsabilidade por atos de violação aos direitos humanos vista como assunto interno ou privado; (iv) leis internacionais direcionadas aos Estados de forma igual, sem atentar para as assimetrias entre eles; (v) leis internacionais orientadas tão somente para estabelecer regras mínimas de coexistência, (vi) a liberdade plena e integral dos Estados entendida como prioridade<sup>310</sup>.

A partir da Carta da Organização das Nações Unidas, uma grande mudança de paradigma ocorreria, pois os Estados assumiriam, a partir de então, o compromisso de atuar segundo os princípios e propósitos nela instituídos, dentre os quais a promoção e o respeito aos direitos humanos notadamente legitimados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e pelos demais tratados internacionais a integrar o corpo normativo do Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos, dentre eles a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954, a Convenção sobre a Redução da Condição de Apátrida de 1916, e o Pacto Internacional sobre Direitos Civil e Políticos e o Pacto Internacional dosbre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

O paradigma do direitos internacional agora seria outro, a impulsionar mudanças na estrutura das leis internacionais, tanto em sua natureza quanto em modo de aplicação, em modelo de direito internacional diverso daquele existente no período Vestifaliano. As principais características desse novo modelo envolveriam: (i) uma comunidade mundial marcada por Estados soberanos, mas profundamente interligados em suas relações institucionais, inclusive; (ii) indivíduos e coletividades são alçadas à categoria de legítimos atores na arena internacional, (iii) aos povos oprimidos, inclusive pelos regimes coloniais,

---

<sup>310</sup> Para mais: David Held e sua distinção pormenorizada entre a ordem internacional vestifaliana e a ordem internacional onusiana in HELD, David. *Democracy: From city-states to a cosmopolitan order?* In. POGGE, Thomas; MOELLENDORF, Darrel. **Global Justice: seminal essays**. St. Paul:Paragon House, 2008.

regimes racistas, preconceitos étnicos se concedeu o direito à autodeterminação,(iv) novas regras, procedimentos e instituições foram integradas ao sistema internacional, incluindo a possibilidade de organismos internacionais elaborarem regramentos de carácter obrigatório, (v) regras foram criadas para obrigar Estados a respeitar os direitos humanos em sua integralidade, entre outras<sup>311</sup>.

Embora a declaração encerrasse apenas normas substantivas, sem instituir um órgão internacional de índole judiciária, com atuação ampla, para garantir o cumprimento de seus dispositivos, sem necessariamente estabelecer para o indivíduo um sistema completo de proteção em face de atuações estatais ofensivas aos seus direitos, ela teria o grande mérito de fundar um núcleo mínimo de direitos, aptos a serem seguidos, com ampla aceitação, pelas mais diversas matizes culturais, fossem elas ocidentais ou orientais, baseadas em um cristianismo imanente ou em um islamismo restrito, por culturas e sistemas jurídicos distintos e, portanto, aplicáveis por coletividades com historicidades completamente diversas.

Destaque-se que uma forte característica da Declaração Universal dos Direitos Humanos e que também contribui para sua crescente relevância e respeito entre os povos é o fato de alguns direitos nela reconhecidos serem identificados pela comunidade internacional como regras *jus cogens*, aquelas estabelecidas pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados como marcadamente obrigatórias e imperativas, somente passíveis de serem modificadas por norma ulterior de mesma natureza.

Assim, por consolidarem um direito costumeiro anteriormente reconhecido como de carácter obrigatório, defende-se o carácter vinculante dessa Declaração Universal de 1948, bem como das demais normas que integram o Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos, devendo todas serem estritamente obedecidas pelos Estados membros, nos termos da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, mais especificadamente nos termos dos artigos 26, 27 e 31, sob pena de o Estado vir a ser compelido a reparar as lesões provocadas em caso de descumprimento dessas obrigações internacionais<sup>312</sup>.

---

<sup>311</sup> David Held e sua distinção pormenorizada entre a ordem internacional vestifaliana e a ordem internacional onusiana in HELD, David. *Democracy: From city-states to a cosmopolitan order?* In. POGGE, Thomas; MOELLENDORF, Darrel. **Global Justice: seminal essays**. St. Paul:Paragon House, 2008.

<sup>312</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade Internacional por Violação dos Direitos Humanos**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. pp 29-30.

Esse sistema internacional de proteção dos direitos humanos ainda prevê o direito de petição, assim como outros expedientes de monitoramento que “são verdadeiramente mecanismos coletivos de apuração da responsabilidade internacional dos Estados”<sup>313</sup>, os quais “podem acarretar a imposição de sanções coletivas capazes de obrigar o Estado infrator a finalmente cumprir as deliberações internacionais”<sup>314</sup>.

Destarte, tal proteção dos direitos humanos impulsionada pelo sistema ONU, ainda que não tenha constituído mecanismos de coercitivos aptos a forçar a execução de tais demandas pelos Estados-nação, não perde sua característica de ser, em sua essência, de cumprimento obrigatório pelos Estados, pois delega o cumprimento de regras internacionais aos entes estatais, não podendo estes, portanto, permanecerem inertes ou omitirem-se, em sua obrigação de desenvolver instrumentos internos aptos a garantir o cumprimento das normas previstas nas convenções, evitando, assim, posteriores reclames de seus cidadãos. Essa seria, inclusive, uma obrigação primária do Estado-Parte.

Tanto é assim que o sistema de monitoramento do sistema ONU, por exemplo, o Comitê de Direitos Humanos - órgão criado a partir do art.28 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e para o qual, por força do art. 40 do mesmo Pacto, os Estados devem apresentar relatórios indicando as medidas adotadas para tornar efetivas os dispositivos dos tratados - , ao constatar o descumprimento de algum dispositivo normativo em uma situação concreta, pode, e em geral, sugere, dentro dos limites das convenções previamente pactuadas, a observância de medidas efetivas para solucionar o problema. Tudo a partir das obrigações internacionais anteriormente aceitas pelos Estados-membros, seguindo um processo de proteção mediata dos direitos humanos, com a ação direta dos Estados, após o estímulo gerado pelo organismo internacional.

Ressalte-se que, toda vez que o indivíduo sujeito às regras daquele Estado sofrer lesões a partir do descumprimento do ente estatal de sua obrigação geral de manter mecanismos de garantia dos direitos humanos, poderá utilizar-se de seu direito de petição, podendo o Estado vir, a partir de então, a ser responsabilizado internacionalmente e a ter que corrigir todas as violações por ele geradas, bem como aprimorar os mecanismos e sistemas de

---

<sup>313</sup> *Idem*, p.84.

<sup>314</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade Internacional por Violação dos Direitos Humanos**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.345.

prevenção à violações existentes em seu território (à título de exemplo, observe-se o parágrafo 15 dos Comentários Gerais n. 33 emitidos pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU em 2008).

Assim, o Estado pactuante, uma vez sujeito ao monitoramento permanente previsto nas convenções, por ele assinadas, também se sujeitaria necessariamente ao cumprimento das decisões, a princípio, imparciais, independentes e impositivas das comissões<sup>315</sup>. Em suma, estaria obrigado a, primordialmente, (i) desenvolver instrumentos internos aptos e suficientes a garantirem a aplicação integral de suas obrigações internacionais, e, secundariamente, (ii) corrigir, ainda que tardiamente e, após algum impulso externo da comissão, os instrumentos domésticos ainda não suficientes ou perfeitamente adequados à sua obrigação de respeitar os direitos previstos nas convenções<sup>316</sup>.

Em resumo, o processo de imposição internacional de obrigações diretas ao Estado, pode ser tido como minimamente válido, ao longo do Século XX, pois a ele começaram a ser não apenas atribuídas, mas também exigidas, incumbências internacionais necessárias ao atendimento e respeito pleno dos direitos humanos, gerando uma responsabilidade objetiva do Estado, independente de qualquer comportamento volitivo.

Nesse aspecto, vale destacar, como mencionado alhures, que tanto o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, quanto o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (i) reconheceram a imprescindibilidade de se produzir condições para que cada indivíduo pudesse plenamente usufruir de seus direitos; assim como (ii) impuseram aos Estados-Partes a obrigação de garantir a manutenção, em seus ordenamentos internos, de mecanismos aptos à defesa dos direitos nesses instrumentos reconhecidos; e (iii) estabeleceram instrumentos internacionais contenciosos e não contenciosos para promoção e proteção dos direitos neles contidos, tais como os bons ofícios, o sistema de relatórios, a possibilidade da criação de comissão de conciliação *ad hoc* e o direito de petição do indivíduo a organismos internacionais.

---

<sup>315</sup> Nos termos de André Ramos, “se [*o Estado*] expressamente aceita tal sistema [*de petições*] seria ilógico considerar as deliberações finais dos mesmos meros conselhos ou recomendações”. RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade Internacional por Violação dos Direitos Humanos**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p 342.

<sup>316</sup> Cf. Comentários Gerais n.31 emitidos pelo Comitê de Direitos Humanos.

Não apenas esses, mas outros tratados internacionais também disponibilizam a possibilidade de endereçamento de petições individuais aos seus respectivos comitês, como a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; a Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes; assim como a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Observa-se, destarte, que, ao longo do século XX, a proteção dos direitos humanos passou por alguns incrementos. Se antes a proteção era eminentemente estatal, sem possibilidades maiores de os indivíduos, eventualmente olvidados, pelo Estado ou das minorias confinadas e subjugadas protestarem pelos seus direitos, haja vista a comum escassez de mecanismos de reclamação ou de proteção disponibilizados pelo ente estatal; a partir dessas mudanças normativas que levaram à instituição da ONU e de suas instituições correlatas, vários dispositivos internacionais de direitos humanos passariam a atribuir diretamente aos indivíduos a possibilidade de reivindicar seus direitos, não só dentro de seus Estados, mas também na arena global, mesmo que de maneira ainda incipiente; ao tempo em que também atribuíam ao Estado a responsabilidade objetiva em caso de omissões ou violações no que se refere aos direitos humanos de seus nacionais.

A instituição do sistema de proteção dos direitos humanos da Organização das Nações Unidas, logo após a Segunda Guerra Mundial, representou um avanço considerável, embora alguns criticassem a iniciativa por considerarem que haveria uma imposição ‘universalizante’ de padrões de conduta ocidental.

Ocorre, todavia, que mesmo com a publicação da Declaração dos Direitos do Homem, e demais Pactos e convenções que vieram a seguir, ainda assim, não se logrou alcançar uma proteção ampla e satisfatória dos direitos humanos, em razão de vários fatores, inclusive porque algumas das lacunas anteriores não lograram ser integralmente resolvidas.

### 3.3. Por um direito supranacional mínimo: a caminho da(s) nova(s) ordem(ns) da responsabilidade plurinacional?

Nos dizeres de Habermas, “no passado, o Estado nacional guardou de forma quase neurótica suas fronteiras territoriais e sociais. Hoje em dia, processos supranacionais irrefreáveis malogram esses controles em diversos pontos”.<sup>317</sup>

Bem de ver, o tema da justiça social entre nações sempre fora, em determinado aspecto, inarredável, inclusive entre os teóricos do contrato social em seu formato clássico<sup>318</sup>, mas, naquela conjuntura histórico-política, ainda era possível contornar tal debate sem correr o risco de esvaziar, por completo, as teorias filofísico-políticas até então surgidas, inclusive as referentes aos vindouros direitos individuais ou sociais.

Hodiernamente, contudo, não se pode afirmar o mesmo, sob o risco, por exemplo, de uma nova teoria do contrato social ou de uma recém estruturada doutrina dos direitos humanos tornar-se insustentável, inclusive pelo fato de os Estados não encontrarem mais viabilidade, no mundo contemporâneo, para uma configuração isolada ou ensimesmada.

Nesse ponto, até mesmo as tentativas contemporâneas de resolução dos problemas entre nações e povos, mesmo as inspiradas na tradição do contrato social, aos poucos têm se revelado insuficientes diante das diversas complexidades a envolver os dilemas do século XXI, mas não ao ponto de serem desconsideradas como caminhos possíveis para novas formas de compreender e de enfrentar as falhas encontradas nos sistemas de proteção dos direitos humanos até então vigentes.

Nesse ponto, compete rememorar ou, pelo menos indicar, algumas das teorias de direito internacional contemporâneas mais relevantes a um possível repensar dos mecanismos de proteção dos direitos humanos no mundo hodierno marcado pela erosão da soberania estatal, bem como por uma alteração na liberdade e autonomia de atuação do Estado, não mais sólido como o Estado moderno pensado no século XVIII e, quiça, inábil para salvaguardar de maneira eficaz os direitos humanos. Tudo com o intuito de dialogar com novos pensamentos e

---

<sup>317</sup> HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**. São Paulo: Loyola, 2004. p.144

<sup>318</sup> Para mais: NUSSBAUM, Martha C. **Fronteiras de Justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie**. São Paulo: Martins Fontes. Tradução Susana de Castro, 2013

tentar encontrar perspectivas possíveis para uma proteção mais abrangente e sustentável dos direitos humanos.

Para tanto não se poderia deixar de mencionar, por exemplo, a teoria político-filosófica de Richard Falk e sua ideia conhecida como ‘constitucionalismo global’, ‘institucionalismo pacifista’, ‘centralismo global’, ‘salvacionismo radical’ ou até mesmo ‘globalismo jurídico’, pensada ainda antes do fim da guerra fria que marcaria a bipolarização entre Estados Unidos e União Soviética.

Primeiramente o autor parte da problemática de que o modelo Vestfaliano estaria em vias de ser completamente substituído por um modelo no qual o Estado não seria mais o único ou principal ator da política mundial, justamente por ter perdido parcela de sua soberania. Afirma, a partir dessa premissa, que o ideal seria que essa paulatina erosão do Estado fosse acompanhada do exercício de uma política global de ‘*human governance*’, fundada em uma agenda política internacional direcionada por valores e princípios inspirados na doutrina dos direitos humanos e norteada por uma ‘*globalization-from-below*’, na qual a sociedade civil global teria a chance de interferir na instituição e implementação de políticas globais<sup>319</sup>.

O grande problema de sua ideia, contudo, é partir do pressuposto de que, com a dilapidação da soberania estatal, sobraria espaço para uma interferência plena da sociedade civil. Ocorre que não se pode subestimar o poder de influência dos mercados internacionais. Como salientado em capítulo anterior desse trabalho, a capacidade de ingerência dos agentes não-estatais dominadores do mercado já encontra-se forte e sólida, de modo que dificilmente haverá abertura para uma interferência da sociedade civil.

Quanto aos direitos humanos, o autor afirma que esses seriam, a bem da verdade, o resultado de um embate entre forças e interesses de grupos opostos, não podendo ser compreendidos, portanto, como ‘direitos naturais’ inerentes ao ser humano, pois se assim fossem, seu processo de consolidação no ordenamento jurídico internacional, bem como de

---

<sup>319</sup> FALK, Richard. **On Human Governance. Towards a New Global Politics**. Cambridge: Polity Press, 1995, p.101.

interpretação não seria tão vago e sujeito a tantas polissemias. Segundo ele, os direitos humanos fariam parte, em realidade, de uma ‘ideologia política’<sup>320</sup>.

A partir dessa ideia, ele chega a propor um debate intercultural, inclusive entre representantes de ideologias distintas, de modo a se permitir uma reinterpretação do catálogo dos direitos humanos pela comunidade global, e, ainda, um fortalecimento das instituições supranacionais como a ONU, seguido da criação de um ‘Tribunal Mundial’ permanente capaz de corrigir e de punir severamente os Estados que não reconhecessem e não atuassem de forma respeitosa em relação aos direitos humanos de seus nacionais, ou ainda, uma instituição estável o suficiente para punir individualmente os líderes políticos e agentes causadores de grandes malefícios à humanidade<sup>321</sup>.

Ele mesmo, contudo, indica alguns pontos de tensão em sua teoria no que se refere, ao estabelecimento de um tribunal permanente mundial para punir indivíduos que agissem em desconformidade com os ditames dos direitos humanos, eis que a efetividade das decisões tomadas por tal tribunal restaria, muitas vezes, prejudicada pela pressão e desobediência dos agentes, inclusive aqueles integrantes das recém-emergidas elites dos Estados de capitalismo periférico<sup>322</sup>.

Sua proposta envolve, portanto, uma certa ‘democracia transnacional’, em que se é criada uma estrutura supranacional independente e autônoma, com o objetivo de efetivar plenamente os direitos humanos para todos os cidadãos globais<sup>323</sup>, em conformidade com a ‘lei fundamental’, por ele entendida como a ‘Carta das Nações Unidas’. Ele ainda sugere a possibilidade de se estabelecer uma segunda assembleia na ONU, desta feita, eleita diretamente pelas populações, para, dentre outras atribuições, decidir sobre as eventuais sanções supranacionais<sup>324</sup>.

Após, contudo, receber algumas críticas a respeito da ideia de criar um estado único supranacional que poderia vir a ter os mesmos problemas de um Estado nacional, como, por exemplo, a ausência de diálogos democráticos e uma certa tendência à tirania, assim como

---

<sup>320</sup> FALK, Richard. **Human Rights and State Sovereignty**. New York: Holmes & Meier, 1981, p.34-43

<sup>321</sup> *Idem*, p.181-182.

<sup>322</sup> FALK, Richard. **Human Rights and State Sovereignty**. New York: Holmes & Meier, 1981, p.196.

<sup>323</sup> *Idem*, 1981. p.182

<sup>324</sup> FALK, Richard. **Raccomandazioni positive per il futuro prossimo: una prospettiva di ordine mondiale**, in D. Held, D. Archibugi, R. Fal, M. Kaldor, Cosmopolis. Roma: Manifestolibro, 1993, p. 132.

também ser criticado quanto ao seu possível irrealismo ao pretender uma reforma tão densa no sistema ONU; o autor termina por assumir que, de fato, ainda que possível, seria bastante improvável uma reforma profunda nas Nações Unidas capaz de torná-la mais democrática e coerente com as teorias dos direitos humanos, mas que, de qualquer modo, ainda seria possível a utilização de uma “cultura dos direitos humanos” como ferramenta de pressão, capaz de produzir algum efeito ou influência na estrutura internacional e na própria organização interna das Nações Unidas, a incluir, inclusive a constituição de um tribunal mundial permanente<sup>325</sup>.

Seu trabalho, embora de grande valor como proposta voltada ao repensar a proteção dos direitos humanos, - principalmente numa configuração mundial em que o Estado não se mostra mais capaz de protegê-los, por si só, -, ainda apresenta algumas características que o tornam insustentável em alguns aspectos, como, por exemplo, (i) subestimar as pressões de líderes das grandes potências ou de agentes econômicos privados capazes de interferir na agenda política e de exercer forte ingerência nos assuntos estatais, em razão do enfraquecimento da soberania dos Estados; (ii) não indicar mecanismos realistas e factíveis que possibilitem uma efetiva participação da comunidade civil global no direcionamento das políticas mundiais; (iv) defender estruturas centralizadoras e concentradoras de poder, em lugar de pensar em uma rede de gestão regionalizada e multicultural a permitir uma ‘hibridização’ de experiências, culturas e vivências distintas; entre outros.

De outro lado, outra proposta válida para a nova conjuntura mundial de maiores fluxos e ingerências externas nas soberanias estatais, seria a democracia cosmopolita global de David Held.

O autor examina as diversas formas de democracia que, segundo ele, seriam a democracia direta ou participativa, a democracia liberal ou representativa e a democracia unipartidária, assumindo a ideia de que uma comunidade capaz de governar a si própria e determinar o seu futuro encontra-se, no mínimo, problemática, já que a interconexão regional e global pode retirar a autonomia do processo de governança de qualquer Estado-nação; o qual não mais detém o poder integral de decidir o que é apropriado ao seu cidadão ou não, ou até mesmo de escolher políticas públicas prioritárias, pois decisões anteriores de órgãos

---

<sup>325</sup> FALK, Richard. **Predatory Globalization**. Cambridge: Polity Press, 1999, p.124.

supranacionais globais ou regionais, como o Fundo Monetário Internacional ou a União Europeia, restringiriam a gama de opções para o Estado-nação<sup>326</sup>.

Ele prossegue asseverando que o efetivo poder soberano, relaciona-se, contemporaneamente, diretamente com a quantidade de recursos econômicos de que um Estado ou povo dispõe ou com a capacidade política de arrecadá-los, não se podendo mais pensar em um modelo de democracia isolado, do que ele infere que a democracia não mais deve ser concebida dentro de um Estado insulado, mas sim, em escala continental e global<sup>327</sup>.

Para tanto, ele propõe que a democracia social liberal seria a melhor alternativa para o Estado-nação, após a substituição do modelo Vestfaliano pelo modelo ‘onusiano’. Isso porque tal modelo aumentaria a igualdade política, permitiria uma participação mais ampla dos cidadãos, buscaria a eficiência e eficácia econômica, bem como aumentaria a solidariedade e a integral social, mas tal modelo, contudo, seria um modelo voltado para a ordem internacional.

Seria, portanto, um “sistema multiestratificado, multidimensional e multiator<sup>328</sup>”. Multiestratificado porque as políticas públicas não teriam o Estado como centro referencial, mas seriam próprias de agências supranacionais, regionais ou estatais que criariam uma estrutura funcional específica. Multidimensional porque as políticas públicas variariam de acordo com a matéria e multiator porque envolveria várias agências públicas ou privadas na definição das políticas globais<sup>329</sup>.

Para Held seu modelo de governança global parte da ideia de que hodiernamente há, em realidade, ‘comunidades de destino sobrepostas’<sup>330</sup> e que as decisões políticas estariam sendo firmadas, necessariamente, fora dos limites territoriais e nacionais do Estado, razão pela qual a soberania do Estado deixaria de ser nacional e passaria a ser uma soberania

---

<sup>326</sup> Cf. HELD, David. *Democracy: From city-states to a cosmopolitan order?* In. POGGE, Thomas; MOELLENDORF, Darrel. **Global Justice: seminal essays**. St. Paul:Paragon House, 2008.

<sup>327</sup> HELD, David. *Global Covenant. The Social Democratic Alternative to the Washington Consensus*. Cambridge: Plity Press. 2002, p.41.

<sup>328</sup> HELD, David. *Global Covenant. The Social Democratic Alternative to the Washington Consensus*. Cambridge: Plity Press. 2002., p.112.

<sup>329</sup> Cf. *Idem*.

<sup>330</sup> *Idem*, p.141.

internacional liberal, consistente numa “extensão à esfera internacional da preocupação liberal de impor os limites ao poder político e ao governo”<sup>331</sup>.

Sua proposta, portanto, consistiria na formação de um conjunto de organismos e instituições supranacionais regionais e globais, a trabalharem conjuntamente com representantes de empresas, de agentes privados, com grupos de pressão e organizações não-governamentais, tendo a ONU como peça insitucional principal. Seria, por assim dizer, algo entre o atual sistema cooperativo entre os Estados e um governo mundial.

Tal sistema de governança global envolveria a elaboração de uma estrutura propícia para tanto, com a necessária criação de instituições públicas globais, como parlamentos regionais, tribunais internacionais, e até mesmo uma força policial global, por meio da qual seria possível dar maior efetividade às decisões pelas agências e instituições, assim como pela reforma da própria Organização das Nações Unidas.

Ele ainda reposiciona o Estado dentro de um quadro cosmopolita dominante<sup>332</sup> que deveria ser orientado por sete princípios: (i) igual valor e dignidade, (ii) fiscalização ativa, (iii) responsabilidade pessoal, (iv) consentimento, (v) democracia reflexiva e tomada de decisões coletivas mediante votação, (vi) inclusividade e subsidiariedade, (vii) afastamento de danos graves e melhoria das necessidades urgentes<sup>333</sup>. Princípios esses que seriam estabelecidos como mais um passo rumo à governança global.

Embora seu trabalho tenha amplo valor pela tentativa de recriar uma soberania e uma democracia mais propícias e adaptadas à nova ordem internacional e, por conta disso, mais capazes de proteger os direitos humanos dos cidadãos pertencentes a um Estado, suas sugestões receberam algumas críticas, muitas delas ainda não respondidas integralmente.

Dentre elas, por exemplo, a indagação a respeito da real possibilidade de se efetivar essa democracia cosmopolita global, partindo-se de um estágio em que já há um desnível considerável de poder entre os distintos Estados, de modo que a instituição de

---

<sup>331</sup> HELD, David. *Global Covenant. The Social Democratic Alternative to the Washington Consensus*. Cambridge: Plity Press. 2002, p.160.

<sup>332</sup> HELD, David. *Cosmopolitanism: Traming Globalization*, in id. MCGREW, Anthony, *The Global Transformations Reader*. Cambridge: Polity Press, 2003, p.522.

<sup>333</sup> HELD, David. *Global Covenant. The Social Democratic Alternative to the Washington Consensus*. Cambridge: Plity Press. 2002, p.141.

organismos regionais e globais, de certo, manteria tais diferenças e, ainda poderia solidificá-las, haja vista, nos termos reconhecidos pelo próprio Held, sempre ter existido uma histórica resistência das grandes potências em permitir que se implementassem mudanças não desejadas pelas elites internas e mais influentes de seus Estados<sup>334</sup>.

Outra crítica seria atinente à criação de instituições próprias para essa governança global, como uma força policial específica capaz de fazer valer as exigências e obrigações internacionais. Ocorre que não há como se pensar em criar essa força própria de uma maneira que a torne eficaz, eis que serão várias as questões problemáticas, como, por exemplo, tipo de recrutamento, mecanismos de financiamento, entre outros.

Embora não deixem de existir críticas ainda não respondidas, o trabalho de David Held merece ser analisado pormenorizadamente inclusive em razão de sua contribuição para o estudo dos direitos humanos, haja vista ter dado grande relevância em seus trabalhos aos indivíduos, eis que, dentro do seu modelo de democracia cosmopolita comprometido com uma gama de direitos e baseado na autonomia do indivíduo, ele atribui a todos os grupos e associações um certo poder de empoderamento, ao garantir direitos mínimos dentro e fora de cada esfera de poder e o direito de autodeterminação<sup>335</sup>.

Outro pensador contemporâneo que pode oferecer grandes contribuições é John Rawls. Ele propõe uma espécie de neocontrato entre Estados, mais precisamente, entre os povos que respeitem, em suas relações internacionais, os ideais e princípios do Direito dos Povos, ou seja, povos com governos democrático-constitucionais liberais ou povos decentes<sup>336</sup>.

Bem de ver, inspirado parcialmente nos autores clássicos do pacto social, e na ideia central de Kant de que o ser humano deve ser tratado sempre como um fim, jamais como meramente um meio, ele apresenta uma teoria híbrida, a partir da visão na qual os direitos humanos constituem um dos elementos de uma teoria maior e, portanto, de observância obrigatória para os Estados que pretendam participar da seu proclamado pacto entre nações.

---

<sup>334</sup> HELD, David. *Global Covenant. The Social Democratic Alternative to the Washington Consensus*. Cambridge: Plity Press. 2002, p.178.

<sup>335</sup> HELD, David. *Democracy: From city-states to a cosmopolitan order?* In. POGGE, Thomas; MOELLENDORF, Darrel. *Global Justice: seminal essays*. St. Paul:Paragon House, 2008, p. 342-343.

<sup>336</sup> RAWLS, John. *A lei dos povos e a ideia de razão pública revisitada*. Lisboa: Edições 70, 2014, p.10-28

Por outro lado, os Estados cujas instituições desrespeitassem os direitos humanos estariam afastados do pacto e encontrar-se-iam suscetíveis a uma intervenção forçada e legítima<sup>337</sup>.

Rawls inspirar-se-ia em Kant para elaborar sua proposta, a qual parte da ideia de que todas as partes encontrar-se-iam numa ‘posição original’, na qual existiria o ‘véu da ignorância’ a necessariamente igualar todos e a impedir que os representantes dos povos invocassem motivos inapropriados ou injustos. Todos partiriam, assim, das ‘mesmas condições’ e do mesmo referencial teórico, qual seja, dois princípios: (i) o princípio da igualdade, segundo o qual cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente quadro de iguais liberdades básicas compatível com um quadro semelhante de liberdades para os outros<sup>338</sup>; e (ii) o princípio da diferença, segundo o qual as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de forma a que sejam, concomitantemente, consideradas razoavelmente em proveito de todos e atreladas a posições e cargos abertos a todos<sup>339</sup>.

A ideia de Rawls, todavia, não seria baseada na construção de uma espécie de ‘Estado mundial’ com competências plenas absorvidas dos Estados nacionais, pois, partindo do mesmo pressuposto de Kant, compreende que uma configuração assim correria o risco ou de ser frágil demais a ponto de permitir diversas guerras e embates entre povos dispostos a lograr maior autonomia ou até mesmo, por outro lado, de gerar uma organização mundial tirana e despótica<sup>340</sup>. Sendo assim, opta por uma configuração de cooperação e não de subordinação.

Partindo dessas premissas iniciais, o contrato seria estabelecido a partir de cinco peculiaridades dos representantes dos povos. Seriam elas: (i) serem os representantes dos povos livres, razoáveis, justos, e em condições de igualdade entre si; (ii) serem os representantes agentes racionais; (iii) deliberarem especificamente sobre o ‘direito dos povos’; (iv) conduzirem suas decisões, segundo o ‘véu da ignorância’ e conforme a boa razão; (v) determinarem os princípios do ‘direito dos povos’, segundo os interesses do povo que estão a representar e de acordo com a ideia plena de justiça<sup>341</sup>.

---

<sup>337</sup> BEITZ, Charles R. **The Idea of Human Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 98.

<sup>338</sup> RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. 4ª Ed. São Paulo: Martins Fontes. 2016, p.60.

<sup>339</sup> *Idem*.

<sup>340</sup> RAWLS, John. **A lei dos povos e a ideia de razão pública revisitada**. Lisboa: Edições 70, 2014 p.38.

<sup>341</sup> *Idem*.p.35.

Sua intenção é, ao cabo, que várias organizações internacionais, inclusive as Nações Unidas, pudessem regular essa cooperação entre os povos, de modo a fazer valer as obrigações estabelecidas, podendo, inclusive reprovar abertamente eventuais instituições injustas ou, até mesmo, tentar corrigi-las por meio de sanções econômicas ou intervenções militares<sup>342</sup>.

Bem de ver, sua proposta não envolve a construção de diversas outras instituições, mas basicamente uma reconfiguração da dinâmica do quadro de instituições pré-existente, a incluir, ainda o dever das sociedades bem-ordenadas de assistir àquelas que se encontrassem em condições desfavoráveis<sup>343</sup>.

As críticas à teoria de Rawls envolveriam a divisão estática e inflexível dos tipos de Estados por ele proposto, eis que não se poderia pensar em uma classificação permanente, pois tal categorização baseia-se na observação de uma realidade dinâmica, sujeita a mudanças constantes dentro de Estados com complexidades internas várias, que poderiam, até mesmo, ser classificados em duas categorias ou mais, haja vista a total possibilidade de povos decentes ou liberais, por exemplo, praticarem atos de desrespeito aos direitos humanos.

Outro estudioso tido, por muitos como um neo-kantiano, apesar de heterodoxo em vários pontos, Habermas, apresenta estudos recentes voltados a um cosmopolitismo jurídico, fundado em uma teoria da cidadania universal.

Habermas parte do pressuposto de que, se originalmente teria sido possível definir uma cidadania juridicamente a partir de uma possível unidade identitária de um povo, nas sociedades pluralistas contemporâneas, na qual se convive com uma população cada vez mais heterogênea e composta por identidades multicurais completamente distintas, seria possível se pensar um novo tipo de cidadania<sup>344</sup>.

Na ideia de Habermas, portanto, em lugar de apenas os Estados possuírem titularidade de direito e serem atores no cenário internacional, também outros agentes, como os indivíduos, poderiam gozar dessa mesma situação, assim eles passariam a serem titulares

---

<sup>342</sup> RAWLS, John. **A lei dos povos e a ideia de razão pública revisitada**. Lisboa: Edições 70, 2014 p.38.

<sup>343</sup> *Idem*, p.110.

<sup>344</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**. São Paulo: Loyola, 2004.

de direitos e diretamente responsáveis por seus atos<sup>345</sup>. O Estado-nação, por seu turno, passaria a ter suas atividades limitadas pelo cidadão 'global' que poderia reclamar da atuação estatal diretamente na ordem internacional<sup>346</sup>.

A proposta mais significativa de Habermas, todavia, é a tentativa de inclusão de todos e quaisquer indivíduos no debate político internacional, sem exigência de uma identidade étnico-cultural, por meio da possibilidade da aceitação de identidades cosmopolitas<sup>347</sup>. Ele, a bem da verdade, rejeita a ideia de um Estado mundial, pois teme uma perspectiva exclusiva e anti-democrática desse futuro Estado. Sendo assim, ele apenas defende a utilização plena das instituições já existentes e a utilização dos direitos humanos como uma conduta mínima a ser seguida por todos os Estados para a proteção dos 'cidadãos cosmopolitas'<sup>348</sup>.

Para ele, a Organização das Nações Unidas seria o órgão apto a assumir a tutela dos direitos humanos com efetividade, eventualmente judicializando as relações internacionais. Para tanto, o ideal seria que o órgão sofresse algumas reformas para que o Conselho de Segurança viesse a se tornar um órgão mais democrático, assim como que os tribunais passassem a ser vinculantes e a Assembleia Geral pudesse ser mais representativa<sup>349</sup>.

É certo que sua teoria vem sofrendo diversas críticas, mas talvez seja a mais aproximada de uma proteção mais ampla e integral dos direitos humanos, porque não exige um vínculo de nacionalidade e pertencimento do indivíduo com o Estado. Parte, ao revés, do pressuposto de que cada pessoa pode ter um conjunto de identidades a depender da coletividade onde se insere.

Ademais, parte da premissa de que é extremamente necessário que seja oportunizado a todos os cidadãos uma possibilidade de um amplo debate público, de modo a tornar todas as instituições mais democráticas e a sanar omissões na elaboração, monitorização e controle do respeito aos direitos humanos, já que todas as partes envolvidas seriam efetivamente ouvidas.

---

<sup>345</sup> HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**. São Paulo: Loyola, 2004, p.189 e ss.

<sup>346</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. **Era das transições**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

<sup>347</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. São Paulo: Litteramundi, 2001.

<sup>348</sup> HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. São Paulo: Litteramundi, 2001.p.97.

<sup>349</sup> HABERMAS, Jürgen. **Era das transições**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p.17 e ss.

Suas premissas são válidas e construtivas, mas não se sabe até que ponto as ideias do autor podem ser postas em prática. Isso porque as pressões entre grupos de interesses pode vir a impedir que essa ‘cidadania cosmopolita’ venha mesmo a ser respeitada com abertura para um diálogo pleno e verdadeiro e respeito integral ao ser humano. Até mesmo porque muitos Estados utilizam-se da possibilidade de rejeitar cidadanias ou de evitar novas ‘nacionalizações’ como forma de retaliações, mecanismos de pressão ou demonstração de poder, com o intuito de lograr maiores vantagens nas mesas de negociação internacionais, como se vem percebendo no caso das migrações em massa dentro da Europa.

Não só Habermas, mas outros autores trabalham o princípio da ‘hospitalidade’ apresentado por Kant, nas suas reflexões sobre a “Paz Perpétua”, buscando formas contemporâneas de retrabalhar tal princípio buscando formas de alcançar a sua atenção plena. Para tanto aproveitam-se de algumas das características elencadas por Kant, trazendo novos significados.

Observa-se, destarte, que ainda há um longo caminho a se trilhar na busca pela proteção plena dos direitos humanos, o que tem exigido o empenho de diversos estudiosos, em uma multiplicidade de possibilidades.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema da proteção dos direitos humanos sempre abrangeu um sem número de discursos, interpretações, fundamentações filosóficas ou análises de resultados e respostas práticas, em várias regiões; a começar pelos seus antecedentes em civilizações antigas orientais ou ocidentais, seguido pelas suas incipientes teorias principiadas nos idos dos séculos XVI de forma germinada com estudos religiosos, metafísicos, cosmológicos; posteriormente agregada de teorias que se pretendiam racionalistas; passando por sua divulgação e expansão, na europa ocidental do século XVIII, seja por meio de publicações clássicas ou mediante sua incorporação às teorias do contrato social tradicionais - as quais vieram a prevalecer no discurso dominante e a servir de referência teórica legitimadora à consolidação dos Estados modernos. É indesmentível que tal tema ainda gerará profundos debates.

Ainda assim, os direitos humanos manterão sua importância no mundo contemporâneo. Apesar de não se ter encontrado verdadeiramente um consenso sobre seu fundamento, razão de ser, natureza jurídica de sua proteção, princípios ou grau de intensidade de sua valorização normativa, mesmo com as várias interpretações e discursos a circundar o tema, - alguns fundacionalistas, outros meramente funcionalistas -, e mesmo com as severas críticas a eles dirigidas, bem como em que pese as diversas interpretações regionais, culturais ou nacionais às quais vêm sendo submetidos, ou aos seus mais diversos usos em discursos e demandas políticas, jurídicas ou sociais, atreladas aos mais variados grupos de interesse e seguimentos populacionais; os direitos humanos ainda não perderam o seu vigor, nem sua condição de instituição tradicional já incorporada ao universo jurídico-político contemporâneo e, ainda, bastante útil como ferramenta jurídica de acesso de diversos contingentes populacionais às suas necessidades básicas, ao seu bem-estar e aos seus direitos reconhecidos.

Quanto ao tipo de proteção que lhes deve ser dada e à indagação a respeito do ente que lhes guardará futuramente, observa-se que há, inegavelmente, uma propensão presente em grande parte das teorias contemporâneas a, necessariamente, atrelar a proteção dos direitos

humanos ao ente estatal. É que desde o surgimento das primeiras concepções de direitos humanos houve essa concepção de interdependência entre direitos humanos e Estado.

Várias razões podem ser atribuídas a essa conexão. Talvez fatores políticos ou históricos, inclusive pela circunstância de o maior momento de crescimento, expansão e aplicação das teorias de direitos humanos, até então, ter se dado em uma época fortemente marcada pelo estatocentrismo e por uma certa anarquia, sem uma ordem pré-estabelecida, na arena global, a induzir a uma corrente de pensamento inserida naquele universo e incapaz de traduzir novas frentes e possibilidades diversas, pressupondo outras possibilidades e contextos político-geográficos distintos. Tudo isso a obstar ou a dificultar a percepção de teorias outras, igualmente válidas e empregáveis, além daquelas necessariamente vinculadas ao ente estatal.

Isso também devido à força que a tradição dos Estados ainda exala nos tempos contemporâneos. Tanto é assim que desde o século XVIII, até a época contemporânea, ainda não se aceitaria outra entidade organizadora de coletividades tão legitimada, solidamente incorporada à estrutura global e amplamente reconhecida, na configuração político-social mundial, como o Estado; de forma que a configuração estatocêntrica, que vem durando há séculos, provavelmente assim se manterá ao longo dos próximos, já que, apesar do vigoroso processo de solapamento ao qual vem sendo submetido o ente estatal, são raras as perspectivas de sua extirpação do mundo político ou de criação de outro ente distinto e com tamanha aceitação entre as mais diversas civilizações mundias.

Sendo assim, partindo-se do pressuposto de que o ente estatal, - apesar das crises política, jurídica, social, democrática e estrutural pelas quais vêm passando -, ainda permanece exclusivo como instituído de representação legitimada da população a ele subordinada e centro de formação, distribuição e organização de poderes legítimos<sup>350</sup>; ainda parece mais segura, [e daí a razão dada às correntes estatistas], à princípio, pelo menos na conjuntura que se descortina no século XXI, a vinculação da proteção dos direitos humanos à uma proteção mediata pelos Estados, ou seja, dando-se à ordem interna de cada ente estatal a prerrogativa de ser o primeiro veículo de previsão e implementação dos direitos humanos.

---

<sup>350</sup> Nesse sentido, HIRST, Paul. **From Statism to Pluralism. Democracy, Civil Society and Global Politics**. London: UCL Press, 1997.

Não se desconhece, todavia, que a tal proteção mediata pelos Estados ainda encontra severas lacunas e fossos, algumas mencionadas ao longo desse trabalho, dentre as quais: os vácuos em seus ordenamentos jurídicos internos, - marcados por uma constante situação de incompletude e por uma seletividade ainda discricionária -, ou, ainda lacunas subjetivas, devido à falha amplitude de seu raio de proteção, a desconsiderar diversos grupos ou coletividades populacionais, ou mesmo lacunas funcionais, advindas do processo de erosão no qual se encontra a soberania estatal, marcado pela transferência de vários de seus elementos caracterizadores a agentes externos, o que o leva a não mais dispor de amplo poder de autonomia interna política, jurídica ou econômica, impossibilitando-o, portanto, de cumprir, por si só, satisfatoriamente as metas relativas à proteção e ao respeito pelos direitos humanos de seus cidadãos, eis que cada vez mais dependente de conjunturas econômicas, políticas e jurídicas externas favoráveis<sup>351</sup>.

Foram, inclusive, tais falhas que levaram à elaboração de um sistema internacional de proteção do ser humano, justamente com o intuito de integrar tais lacunas e vácuos e preencher espaços ainda inalcançados pelos Estados. A intenção do sistema internacional de proteção foi essencialmente não mais permitir vazios normativos ou estruturais capazes de impedir a plena e integral proteção de todos os seres humanos.

Ainda assim, como tal sistema internacional, como observado no último capítulo desse trabalho, mantém-se, em grande parte, dependente da atuação primeiramente estatal para só após poder agir e intervir, constata-se que, ainda assim, a proteção dos direitos humanos permanece falha, eis que aos organismos supranacionais não lhe é dado atuar livremente de modo a interferir diretamente em todos e quaisquer assuntos internos de cada Estado.

Quanto aos Estados, embora tenham assinado pactos e convenções internacionais destinados a dar a conhecer suas obrigações primárias e secundárias como mantenedores do bem-estar dos indivíduos sob sua tutela e respeitadores de todos os direitos humanos reconhecidos internacionalmente, ainda assim, muitos permanecem sem desenvolver mecanismos ou instituições aptos a precaver ou a lidar com as violações dióurnas aos direitos humanos de seus cidadãos.

---

<sup>351</sup> Nesse sentido, CARTER, Stephen L. **The constitution, the uniqueness puzzle, and the economic conditions of democracy**. Washington: Washington Law Review. Heinoline, volume n.56, pp. 136-148, 1987.

E não apenas. Muitos Estados ainda não se desincumbiram do ônus de fazer constar em suas leis e ordenamentos jurídicos internos todos os direitos aos quais seus cidadãos fazem *jus*, bem assim de criar meios de seus cidadãos reclamarem e exigirem seus direitos, como também de estabelecer mecanismos de monitoramento mais eficientes.

Observa-se, destarte, que mesmo tendo sido criado um sistema internacional de proteção aos direitos humanos, apto a sanar as lacunas de um sistema meramente estatal de proteção dos direitos humanos, ainda assim, nem todas as falhas puderam ser sanadas com eficiência, porque a ação de tais mecanismos internacionais permaneceu restrita e dependente de uma atuação mais direta dos Estados.

Novamente outras soluções precisariam ser buscadas com mais vigor, mas as teorias de uma ‘cidadania cosmopolítica’ ou de uma justiça global, que respeite a soberania de cada Estado e as peculiaridades e cultura de cada comunidade, parecem ser bastante úteis, no sentido de descortinar novas possibilidades de uma proteção mais eficiente dos seres humanos.

## REFERÊNCIAS

- ARENDDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989
- BARROS, Alberto Ribeiro Gonçalves. **O Conceito de Soberania na Filosofia Moderna**. São Paulo: Editora Barcarolla, 2013.
- BAUMAN, Zygmunt, BORDONI, Carlo, **Estado de Crise**. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.
- BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- BAUMAN, Zygmunt. **Identidade: entrevista a Benedetto Vecchi**. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.
- BEITZ, Charles R. **The Idea of Human Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- BOBBIO, Norberto. **El tiempo de los derechos**. Madrid: Sistema, 1991.
- CABRITA, Isabel. **Direitos Humanos: um conceito em movimento**. Edições Almedina: Coimbra, 2011.
- CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Entre o 'legislador', a 'sociedade' e o 'juiz' ou entre 'sistema', 'função' e 'problema' – os modelos atualmente alternativos de realização jurisdicional do direito*. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**. Coimbra: v.74, 1998.
- CASTELLS, Manuel Castells. **O Poder da Identidade. A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura**. 2ª Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede. A era da informação: economia, sociedade e cultura**. Vol. 1. 14ª reimp. São Paulo: Paz e Terra, 2011.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10ª ed. São Paulo:
- COUTINHO, Luís P. Pereira. **A Realidade Internacional. Introdução à Teoria das Relações Internacionais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- COUTINHO, Luís P. Pereira. **Instituições Políticas Supranacionais: algumas notas**. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-políticas (ICJP). Estudos de Docentes. Disponível em: <http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/757-1152.pdf>. Consultado em: 12.11..2015.
- COUTINHO, Luís Pedro Pereira. **A autoridade moral da Constituição. Da fundamentação da validade do Direito Constitucional contemporâneo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- COUTINHO, Luís Pereira. **Teoria dos Regimes Políticos**. Lisboa: AAFDL, 2013
- CREVELD, Martin Van. **A Ascensão e o declínio do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

- CUNHA, Paulo Ferreira da. **Repensar a Política**. Almedina: Coimbra, 2007.
- DONNELLY, Jack. **Universal Human Rights. In Theory and Practice**. New York: Cornell University Press. 2013, 3ª Edição.
- FALK, Richard. **Human Rights and State Sovereignty**. New York: Holmes & Meier, 1981.
- FALK, Richard. **On Human Governance. Towards a New Global Politics**. Cambridge: Polity Press, 1995.
- FALK, Richard. **Predatory Globalization**. Cambridge: Polity Press, 1999.
- FALK, Richard. **Raccomandazioni positive per il futuro prossimo: una prospettiva di ordine mondiale**, in D. Held, D. Archibugi, R. Fal, M. Kaldor, Cosmopolis. Roma: Manifestolibro, 1993.
- FERNANDEZ, Eusébio. **Teoria de la justicia y derechos humanos**. Madrid: Debate, 1984.
- FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Madrid: Trotta, 1995.
- GALLARDO, Helio. **Teoria Crítica: matriz e possibilidade de direitos humanos**. São Paulo: Editora Unesp, 2014.
- GLENDON, Mary Ann. **A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights**. 1ª Ed. New York: Randomhouse, 2002.
- GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GUZMÁN, Vicente Martinez. *Políticas para la Diversidad: Hospital contra Extranjería*. **Convergência**, set-dez, ano 10, número 33. Disponível em: [www.researchgate.net/publication/26418600\\_Políticas\\_para\\_la\\_Diversidad\\_Hospitalidad\\_contra\\_Extranjería](http://www.researchgate.net/publication/26418600_Políticas_para_la_Diversidad_Hospitalidad_contra_Extranjería). Consultado em 01.03.2014.
- HAARSCHER, Guy. **A filosofia dos direitos do homem**. Lisboa: Instituto Piaget. 1993.
- HABERMAS, Jürgen, *A Idéia Kantiana de paz perpétua- à distância histórica de 200 anos*, In: **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. São Paulo: Litteramundi, 2001.
- HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**. São Paulo: Loyola , 2004.
- HELD, David. *Cosmopolitanism: Traming Globalization*, in id. MCGREW, Anthony, **The Global Transformations Reader**. Cambridge: Polity Press, 2003.

HELD, David. *Democracy: From city-states to a cosmopolitan order?* In. POGGE, Thomas; MOELLENDORF, Darrel. **Global Justice: seminal essays**. St. Paul:Paragon House, 2008.

HELD, David. *Global Covenant. The Social Democratic Alternative to the Washington Consensus*. Cambridge: Polity Press. 2002.

HELD, David. MCGREW, Anthony. *Globalization/Anti-globalization.in The Global Transformations Reader*.Cambridge: Polity Press, 2003.

IGNATIEFF, Michael. **The needs of strangers**. New York: Picador, 2001.

IGNATIEFF, Michel. **I. Human Rights as Politics. The Tanner Lectures on Human Values**. Delivered at Princeton University's Center for Human Values. April 4-7, 2000, disponível em: [http://tannerlectures.utah.edu/documents/a-to-z/i/ignatieff\\_01.pdf](http://tannerlectures.utah.edu/documents/a-to-z/i/ignatieff_01.pdf). Consultado em: 03.12.2015.

JOSÉ, Caio Jesus Granduque. **A construção existencial dos direitos humanos**. 1.ed. Curitiba: CRV, 2012.

KANT, Immanuel. **A fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 2015.

LA BOÉTIE, Étienne de. **Discurso sobre a servidão voluntária**. Edições Antígona: Lisboa, 1997.

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

MALBERG,Carré, *Contribution a la théorie générale de l'État*, Paris: Sirey, 1920, t.1,p.7.

MIRANDA, Jorge. **Manual do Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais**. Coimbra Editora: Coimbra, 2000. 3º Edição.

MIRANDOLLA, Giovanni Picco Della. **Discurso sobre a Dignidade do Homem**. Edições 70 ; Lisboa, 1989.

MONCADA, Luís Cabral de. **Filosofia do Direito e do Estado**. Coimbra Editora: Coimbra, 1995.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2º Ed.Porto Alegre: Livraria do Advogado.2011.

NUSSBAUM, Martha C. **Fronteiras de Justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie**. São Paulo: Martins Fontes. Tradução Susana de Castro, 2013.

POGGE, Thomas. **World Poverty and Human Rights**. Cambridge: Polity Press, 2008.

RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade Internacional por Violação dos Direitos Humanos**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

RAWLS, John. **A lei dos povos e a ideia de razão pública revisitada**. Lisboa: Edições 70, 2014.

RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. 4ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

RIVERO, Jean. *Sobre la evolución contemporánea de la teoría de los derechos del hombre*. **Anales de la Catedra F. Suarez**, Granada, 15 1985.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*. Paris: Gallimard, 2003. [trad. bras. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. São Paulo: Martins Fontes, 2005].

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2003.

SCHIMITT, Carl. **O conceito do Político e a Teoria do Partisan**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SIMMONS, A. John. "Human Rights in World Citizenship: The Universality of Human Rights in Kant and Locke", **Justification and Legitimacy: Essays on Rights and Obligations**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001

SUPIOT, Alain. **Homo Juridicus: Ensaio sobre a função antropológica do direito**. Lisboa: Intituto

TEIXEIRA, Anderson Vichinkesk. **A teoria Pluriversalista do Direito Internacional**, São Paulo: Martins Fontes, 2011.

TOMUSCHAT, Christian. **Human Rights. Between Idealism and Realism**. New York: Oxford University Press, 2008. 2ª Edição.

VECCHIO, Giorgio del. **Filosofia del Derecho**. Bosch Casa Editorial, 2003.

VITALI, Stefania. GLATTFELDER, James B. BATTISTON, Stefano. **The Network of Global Corporate Control**, 2011. Disponível em <http://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0025995>. Consultado em: 20.04.2015.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho ductile: ley, derechos, justicia**. 7.ed. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2007.