

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LUIS GUSTAVO ALVES TAVARES

**DIREITO INTERNACIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS: A RELATIVIZAÇÃO
DA SOBERANIA NACIONAL NA IMPLEMENTAÇÃO DOS TRATADOS
INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS NA CONSTITUIÇÃO DA
REPÚBLICA DE 1988**

VITÓRIA
2023

LUIS GUSTAVO ALVES TAVARES

**DIREITO INTERNACIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS: A RELATIVIZAÇÃO
DA SOBERANIA NACIONAL NA IMPLEMENTAÇÃO DOS TRATADOS
INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS NA CONSTITUIÇÃO DA
REPÚBLICA DE 1988**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito da Faculdade de Direito de Vitória,
como requisito parcial para aprovação na
disciplina Projeto de Conclusão de Curso.
Orientador: Prof. Dr. Marcelo Fernando
Quiroga Obregon.

VITÓRIA
2023

LUIS GUSTAVO ALVES TAVARES

**DIREITO INTERNACIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS: A RELATIVIZAÇÃO
DA SOBERANIA NACIONAL NA IMPLEMENTAÇÃO DOS TRATADOS
INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS NA CONSTITUIÇÃO DA
REPÚBLICA DE 1988**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito da Faculdade de Direito de Vitória,
como requisito parcial para aprovação na
disciplina Projeto de Conclusão de Curso.
Orientador: Prof. Dr. Marcelo Fernando
Quiroga Obregon

Aprovado em ___ de _____ de _____.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof Dr. Marcelo F. Q. Obregon
Orientador

Prof. Dr. Daury C. Fabriz
Faculdade de Direito de Vitória

Prof. Dr. Nelson C. Moreira
Faculdade de Direito de Vitória

AGRADECIMENTOS

À Nosso Senhor Jesus Cristo que por sua infinita misericórdia, apesar de minha pequenez, me criou, redimiu e chamou-me a fé católica. E à Virgem Santíssima, medianeira de todas as graças alcançadas junto a seu Filho único ao longo desta jornada acadêmica.

A minha família, na pessoa de minha querida mãe, por todas as barreiras vencidas até aqui, pelo esforço extraordinário na minha formação pessoal, acadêmica e profissional. Sem este esforço e apoio jamais teria chegado a lugar algum. Minha eterna gratidão e amor.

A minha amada noiva e companheira fiel, Leticia Miranda Souza do Valle. Sua paciência, apoio incondicional e amor constante foram fundamentais nesta jornada. Sua presença tornou cada obstáculo mais leve e cada conquista mais significativa. Obrigado.

Aos meus bons amigos, na pessoa de Arthur Heredia, que tanto me apoiaram fraterna e emocionalmente em todos os momentos de decisões difíceis, e se alegraram comigo nos bons momentos, todos foram fundamentais até aqui.

Ao Professor Marcelo Obregon, sua orientação e apoio foram cruciais para o desenvolvimento deste trabalho. Além de mestre exemplar, é espelho de humanidade e dedicação ao ensino. Sua influência positiva transcendeu as fronteiras acadêmicas, é para mim exemplo na trajetória de conquistas e méritos profissionais. Agradeço sinceramente por sua generosidade, bom humor e inspiração.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO | 7 |
| 1 DO ESTADO SOBERANO NA HISTÓRIA | 9 |
| 1.1 DA SOBERANIA NOS ESTADOS ABSOLUTISTAS | 10 |
| 1.2 DA SOBERANIA NOS ESTADOS DE DIREITO | 14 |
| 1.3 DA SOBERANIA NOS ESTADOS INTEGRADOS E GLOBALIZADOS | 17 |
| 2 BREVE ANÁLISE DO CONCEITO DE SOBERANIA NACIONAL NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS | 21 |
| 2.1 SOBERANIA NACIONAL NO IMPERIO DO BRAZIL – CONSTITUIÇÃO DE 1824 | 21 |
| 2.2 SOBERANIA NACIONAL NA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL – CONSTITUIÇÃO DE 1891 | 28 |
| 2.3 SOBERANIA NACIONAL NA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL – CONSTITUIÇÃO DE 1988 | 34 |
| 3 INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A RELATIVIZAÇÃO DA SOBERANIA | 38 |
| 4 COMENTÁRIOS SOBRE A RELATIVIZAÇÃO DA SOBERANIA NACIONAL NA APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL | 42 |
| 4.1 RESPONSABILIZAÇÃO INTERNACIONAL NO CASO XIMENES LOPES X BRASIL | 44 |
| 4.2 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – RECURSO EXTRAORDINÁRIO 466.343 DE 2008 | 46 |
| CONCLUSÃO | 51 |
| REFERÊNCIAS | 54 |

RESUMO

A soberania é conceito pelo qual se desenvolve toda a teoria do Estado, enquanto campo específico do saber jurídico-político. Por isso, este estudo tem por objetivo compreender a forma atual de conceber este conceito tão elaborado pelos mais brilhantes autores da dogmática jurídica, relativização da soberania em prol do direito transnacional. Com este fim, a pesquisa em questão apresentará um panorama geral do Estado soberano em três períodos históricos bem distintos, a fim de identificar as principais mutações deste conceito. Outrossim, tomaremos da história constitucional brasileira, três constituições para demonstrar como os conceitos de soberania foram aplicados no ordenamento jurídico brasileiro, para entender o processo jurídico-histórico que desencadeou nos mecanismos de relativização da soberania nacional em prol de colocar o Brasil na rota da cooperação internacional dos direitos humanos por meio do Pacto de São José da Costa Rica e os sistemas de direitos humanos que do pacto decorrem.

Palavras-chave: Soberania; Relativização; Direitos Humanos; Direito Internacional; Constitucionalismo.

ABSTRACT

Sovereignty is a concept through which the entire theory of the State is developed, as a specific field of legal and political knowledge. Therefore, this study aims to understand the current way of conceiving this concept, elaborated by the most brilliant authors of legal dogma, in the context of the relativization of sovereignty in favour of transnational law. To this end, the research in question will provide an overview of the sovereign State in three very distinct historical periods in order to identify the main changes in this concept. Furthermore, we will draw from Brazilian constitutional history, taking three constitutions to demonstrate how the concepts of sovereignty were applied in the Brazilian legal system, in order to understand the legal-historical process that led to the mechanisms of relativizing national sovereignty in order to place Brazil on the path of international human rights cooperation through the Pact of San José, Costa Rica, and the human rights systems that arise from the pact.

Keywords: Sovereignty; Relativization; Human Rights; International Law; Constitutionalism.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de pesquisa tem como objeto de análise a relativização da soberania em vista da aplicação dos tratados internacionais sobre direitos humanos no contexto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Este trabalho será dividido em quatro partes, sendo a primeira dedicada a conceituar soberania ao longo da história com as complexidades e principais diferenças de cada tempo; e a segunda parte será dedicada a aplicação da soberania na história constitucional brasileira a fim de localizar em três momentos diferentes do constitucionalismo nacional como se dá a soberania.

Já a terceira e quarta partes são o cerne do presente estudo, lugar em que de fato será analisada a relativização da soberania em prol da aplicação dos tratados de direitos humanos, no contexto da internacionalização dos direitos humanos, e dos mecanismos da Constituição da República para viabilizar esta aplicação. Tomar-se-á como exemplo de aplicação a Convenção Interamericana de Direitos Humanos e seus sistemas transnacionais.

Para tanto, será necessário compreender preliminarmente as mudanças no conceito de soberania ao longo da história, bem como essas mudanças foram/são essenciais para a composição do Estado, desde o absolutismo, onde o conceito surgiu pela primeira vez, até o surgimento dos Estados Democráticos de Direito integrados em uma comunidade de nações na primavera da globalização.

A soberania é, de longe, um dos conceitos jurídico-políticos com maior número de significações, Dallari (2011) aponta que no direito constitucional e direito internacional não há conceito mais pesquisado, e mais erroneamente aplicado. Contudo, não há dúvidas de que a soberania é, nas palavras de Paupério (1958), a causa formal do Estado, ou seja, um princípio fundamental para sua existência.

Como será abordado ao longo deste estudo, foi Bodin (2009) o primeiro a conceituar soberania, e este conceito é um dos principais responsáveis, ao lado de Hobbes, por dar base doutrinal para os Estados absolutistas, que entendiam a soberania de

maneira rígida, como forma de garantir coesão do território na figura do “soberano”, a quem estão totalmente submetidos os súditos.

Com o advento dos movimentos revolucionários europeus, Rousseau e Sièyes são responsáveis por influenciar a mudança completa da ideia de poder soberano, que tem como fundamental diferença o *locus* da soberania, que deixa de ser a figura do soberano e passa ser a soberania nacional, popular, que é exercida em nome do povo-nação, por meio do que Rousseau chamou de vontade coletiva (Dallari, 2011). Nessa toada, ao longo do crescente e acelerado processo de globalização, a soberania e a legitimidade do Estado são questionadas e os horrores da II Grande Guerra denotam a fragilidade estatal na proteção de seus cidadãos, evidenciando que a soberania não pode ser mais entendida em seus conceitos tradicionais, pois foi pressuposto para os horrores humanitários dos Estados totalitários (Tair, 2009).

Nesse sentido, a integração dos Estados decorrente do pós guerra identificou a necessidade mais que urgente de internacionalizar os direitos humanos, a fim de criar uma rede de proteção e promoção destes direitos. É nesse contexto que se desenvolve o direito comunitário europeu, vanguardista no sentido de relativizar a soberania dos estados-membros em prol da criação de um sistema transnacional de proteção dos direitos humanos. Este sistema é inspirador para que fosse firmado o Pacto de São José da Costa Rica, dando origem ao sistema interamericano de direitos humanos, que será abordado neste estudo.

Então, neste contexto é que desenvolve-se o conteúdo do presente estudo, que pretende, entre outras questões, analisar os mecanismos na Constituição de 1988 para a relativização da soberania nacional e a aplicação dessa relativização no âmbito do direito interno, ou seja, aplicação da Convenção Interamericana de Direitos Humanos pelo Supremo Tribunal Federal; bem como no direito internacional, no cumprimento das sentenças de responsabilização internacional pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

1 DO ESTADO SOBERANO NA HISTÓRIA

Para explicar a construção do conceito de soberania ao longo da história e o profundo interesse da doutrina jurídico-política de estudá-la, faz-se necessário entender, o nascimento do Estado e de suas teorias constitutivas, para compreender como nasceram os Estados Nacionais na forma em que eles são conhecidos.

Dessa forma, Dallari (2011, p. 59) explica que, diante do estudo sobre a formação do Estado, duas perguntas principais surgem: “uma acerca da época do aparecimento do Estado; outra relativa aos motivos que determinaram e determinam os surgimentos dos Estados”.

Existem correntes que apontam que o Estado sempre existiu, aceitando as formas mais antigas de sociedade como Estado. No entanto, Dallari (2011) explica que essas correntes de pensamento confundem sociedade e Estado e ampliam tanto o conceito de Estado que o torna inaplicável.

Por outro lado, o entendimento de Estado é fruto de um período histórico muito bem determinado: a Idade Moderna, com recorte histórico delimitado e características bem marcadas como soberania, povo e território. Estas correntes de pensamento não levam em conta as complexidades dos Estados da Idade Antiga e os feudos na Idade Média.

Dallari (2011) afirma que a primeira vez que se evoca o conceito de Estado como o status de centralização político-jurídica de uma sociedade é na obra “O Príncipe” de Maquiavel, passando a significar, naquele contexto, o fundamento teórico das cidades independentes italianas do século XVI e, por conseguinte, passando a integrar o vocabulário filosófico político dos escritos franceses, ingleses e alemães do século XVII.

Na esteira deste pensamento, Dallari (2011, pp. 47-48) faz uma síntese sobre as principais linhas de pesquisa sobre o surgimento do Estado:

De qualquer forma, é certo que o nome Estado, indicando uma sociedade política, só aparece no século XVI, e este é um dos argumentos para alguns autores que não admitem a existência do Estado antes do século XVII. Para eles, entretanto, sua tese não se reduz a uma questão de nome, sendo mais importante o argumento de que o nome Estado só pode ser aplicado com propriedade à sociedade política dotada de certas características bem definidas. A maioria dos autores, no entanto, admitindo que a sociedade ora denominada Estado é, na sua essência, igual à que existiu anteriormente, embora com nomes diversos, dá essa designação a todas as sociedades políticas que, com autoridade superior, fixaram as regras de convivência de seus membros.

Acerca das características supramencionadas, no presente estudo trataremos especificamente do aspecto da soberania, elemento constitutivo dos Estados modernos.

O conceito de soberania, entretanto, tem sido amplamente empregado em inúmeros contextos, inclusive para justificar posições diametralmente opostas ou, ainda, justificar conflitos bélicos sob o pretexto de defesa de sua soberania. Acerca do assunto disserta Dallari (2011, p. 67):

conceito de soberania, claramente afirmado e teoricamente definido desde o século XVI, é um dos que mais têm atraído a atenção dos teóricos do Estado, filósofos do direito, cientistas políticos, internacionalistas, historiadores das doutrinas políticas, e de todos quantos se dedicam ao estudo das teorias e dos fenômenos jurídicos e políticos. Por isso mesmo, deu margem ao aparecimento de uma tão farta bibliografia e à formulação de uma tal multiplicidade de teorias que acabou sendo prejudicado, tornando-se cada vez menos preciso e dando margem a todas as distorções ditadas pela conveniência. Essas distorções têm sido uma consequência, sobretudo, da significação política do conceito, que se encontra na base de seu nascimento e que é inseparável dele, apesar de todo o esforço, relativamente bem-sucedido, para discipliná-lo juridicamente.

A partir desse “esforço relativamente bem sucedido” como afirmado, faz-se uma breve passagem histórica, a fim de entender como se desenvolveu o conceito de soberania desde os Estados absolutistas, passando pelos Estados de Direito, até o presente momento, contexto de relativização da soberania na globalização e integração dos Estados por meio do direito transnacional.

1.1 DA SOBERANIA NOS ESTADOS ABSOLUTISTAS

Ao jurista francês, Jacques Bodin são atribuídos os primeiros estudos detalhados acerca do conceito de soberania nacional. Não que tenha sido o francês o inventor do

termo ou o primeiro a utilizá-lo, vez que estudos apontam pela utilização do termo “*souverain*” no século XIII (KRITCH, 2002).

No entanto, é Bodin um dos responsáveis por criar as bases teóricas para a ascensão das Monarquias absolutistas e a unificação dos Estados nacionais, separando (pelo menos em tese) o poder real do poder eclesial, a partir do século XVI. Sobre esta primeira obra a conceituar soberania, descreve Dallari (2011, p. 69):

A primeira obra teórica a desenvolver o conceito de soberania foi "Les Six Livres de la République", de Jean Bodin, havendo inúmeras fontes que apontam o ano de 1576 como o do aparecimento dessa obra. A leitura dos seis livros, que contêm apreciações e conclusões de caráter teórico, ao lado de fartas referências a ocorrências históricas citadas em apoio da teoria, deixa entrever que Bodin tomou como padrão, sobretudo, a situação da França, fazendo a constatação e a justificação dos costumes e completando-as com apreciações que não são mais do que a revelação de sua própria concepção do que haveria de ser a autoridade real.

Inicia-se o Livro 1 com a conceituação da República, como um direito de governo de muitas famílias e do que lhes é comum, com um poder soberano. E o Capítulo VIII do Livro I é totalmente dedicado ao esclarecimento do conceito de soberania.

Bodin (2009) conceitua soberania como “o poder absoluto e perpétuo de uma República, palavra que se usa tanto em relação aos particulares tanto aos que manipulam os negócios de estado de uma República”, há que se esclarecer que República nesse sentido é utilizada como a aplicação moderna de Estado (DALLARI, 2011, p. 68). Esta noção de poder absoluto e perpétuo é ponto central das monarquias absolutistas, sobretudo no contexto francês, amplamente observado por Bodin (2009).

Costa (2015) afirma que ao conceituar soberania como poder absoluto, Bodin (2009) estabelece-a como um poder ilimitado no tempo, inato ao poder público, esclarece ainda que a partir de então Bodin (2009) classifica a soberania como um poder superior, que não conhece nada acima de si, o monarca tem “poder independente, conferindo-lhe plena liberdade de ação”. Acerca das características deste poder absoluto Costa (2015, pp. 70-79) descreve em “Origens do conceito de Soberania – Diálogo entre Bodin e Althusius”:

Dentro dos direitos de soberania, identificamos o poder de legislar sem o consentimento dos súbditos e sem reconhecer qualquer poder superior. Este é o direito mais importante do qual todos os outros direitos derivam, tal

como o direito de declarar guerra e paz, de instituir funcionários públicos, de estabelecer unidade de medida e valor de moeda, de impor taxas ou impostos, entre outros. Podemos dizer que o que distingue o soberano de todos os outros cargos ou funções políticas é a sua capacidade de fazer leis e não se submeter a elas. Mas esta não submissão tem de ser encarada da dupla perspectiva de: por um lado, criar o modelo de direito positivo para todos os súbditos; não se submeter à lei porque seria afirmar-se como súbdito à própria lei por ele criado, logo, levaria a uma contradição em que a(s) lei(s) seria(m) soberana(s) sobre o rei ou príncipe; por outro lado, a soberania traduz o respeito e dever do príncipe face àquele que o criou e que lhe concedeu a missão de cumprir os requisitos da Justiça.

Neste contexto, Bodin (2009, p. 68), um jusnaturalista católico próprio do seu tempo, explica que esse poder absoluto não pode ser visto como arbitrariedade, mas como legítimo: ao passo que está sujeito as leis de Deus e da natureza, “[...] se insistirmos que o poder absoluto significa exceção a toda a lei, nenhum príncipe no mundo seria considerado como soberano, já que todos os príncipes do mundo são sujeitos às leis de Deus e da natureza, e até mesmo a algumas leis humanas comuns a todas as nações”; a legitimidade do soberano está condicionada a essa única exceção.

No que tange à perpetuidade do poder soberano, esta é explicada por Bodin (2009) como um poder que não está condicionado no tempo, mas que se estende, como o próprio nome sugere. Desse modo, Dallari (2011, p. 84) explica que “se alguém receber o poder absoluto por um tempo determinado, não se pode chamar soberano, pois será apenas depositário e guarda do poder”.

Nesse sentido, destaca Bodin (2009) que esse aspecto da soberania se destaca na Monarquia pela hereditariedade. Nesta condição, o soberano estende seu poder sobre o Estado por meio de sua linhagem que se estende por gerações.

Dallari (2001, p. 70) destaca outra marca da soberania, corolário da perpetuidade: a inalienabilidade:

Embora não tenha mencionado a inalienabilidade como característica da soberania, o que outros autores fariam depois, escreve BODIN que, seja qual for o poder e a autoridade que o soberano concede a outrem, ele não concede tanto que não retenha sempre mais. Dessa forma, a soberania coloca o seu titular, permanentemente, acima do direito interno e o deixa livre para acolher ou não o direito internacional, só desaparecendo com poder soberano quando se extinguir o próprio Estado.

No contexto da soberania absolutista pós regime feudal, Machado Paupério (1958) conceitua soberania em sua obra “O conceito polêmico de Soberania” como o poder incontrastável do Estado e ainda descreve ser a causa formal do Estado a soberania. A soberania, nesse aspecto, tem uma dupla função: em âmbito interno, em relação ao povo; e externo, em relação aos outros soberanos e Estados, como descrevem Bobbio, Pasquino e Matteucci (1995, p. 1180):

Evidencia-se, assim, a dupla face da Soberania: a interna e a externa. Internamente o soberano moderno procede à eliminação dos poderes feudais, dos privilégios dos Estados e das categorias, das autonomias locais, enfim, dos organismos intermediários, com sua função de mediador político entre os indivíduos e o Estado: (...).

Externamente cabe ao soberano decidir acerca da guerra e da paz: (...). A nível externo o soberano encontra nos outros soberanos seus iguais, achando-se conseqüentemente numa posição de igualdade, enquanto, a nível interno, o soberano se encontra numa posição de absoluta supremacia, uma vez que tem abaixo de si os súditos, obrigados à obediência.

Entretanto, contemporâneo a Bodin, o padre jesuíta Juan de Mariana autor da obra *De Rege et regis instituciones* (1845), na vanguarda do pensamento acerca do tema, descreve a soberania como exercício de um poder popular, nacional, exercido na figura do príncipe. Ainda assevera que o poder monárquico não é e nem pode ser ilimitado, vez que decorre de uma delegação.

Em suma, o pensamento de Juan de Mariana é no sentido de que há outro acima do soberano: a nação, à qual a autoridade sempre será dependente e delegada, de modo que, não pode ser a soberania, em hipótese alguma, absoluta, já que não se pode crer que todos os cidadãos se abram mão, voluntariamente, de todos os seus poderes, conferindo a um indivíduo o direito de fazer o que lhe aprouver, sem qualquer exceção ou garantia.

Com a evolução deste pensamento, a questão da soberania passa a ser revisitada e contestada, dando lugar àqueles que não concordavam com os desmandos e o despotismo dos monarcas absolutistas. Nesse panorama, a contestação de um poder soberano ilimitado e perpétuo, faz parte da transição evolutiva do conceito de soberania, que passa a ser concebida como popular e nacional, exercida não pelo monarca, mas pelo povo.

1.2 DA SOBERANIA NOS ESTADOS DE DIREITO

A partir desta concepção de que a soberania tem sua raiz no povo, isto é, na vontade geral, e não no poder absoluto e perpétuo do soberano, surgiram na Europa moderna, sobretudo na França, movimentos revolucionários que reivindicavam o supremo poder do povo/nação em detrimento da visão de meros súditos a serviço do poder real.

Como principal expoente desta troca de paradigma acerca da soberania, podemos destacar Rousseau, autor de importante obra nesse sentido: *Du Contrat Social*. O teórico político genebrino estabelece em sua obra que a titularidade do poder soberano não está mais no despotismo monárquico, mas sim num conjunto formado pelo povo, que manifestaria suas decisões pelo que ele nomeia de vontade geral. Acerca disso Dallari (2011, p. 70) aponta:

Quase dois séculos mais tarde, no ano de 1762, ROUSSEAU publicaria "O Contrato Social", dando grande ênfase ao conceito de soberania e já transferindo sua titularidade da pessoa do governante para o povo. No Livro I, Capítulo VI, diz que o contrato social gera o corpo político, chamado Estado quando passivo, soberano quando ativo e Poder quando comparado com os semelhantes. No Livro II dedica o Capítulo I à demonstração de que a soberania é inalienável e o Capítulo 11 à sua caracterização como indivisível, sendo essas, conforme sustenta, as características fundamentais da soberania. Ela é inalienável por ser o exercício da vontade geral, não podendo esta se alienar nem mesmo ser representada por quem quer que seja. E é indivisível porque a vontade só é geral se houver a participação do todo.

A partir da publicação das ideias de Rousseau, nasce um conceito novo de soberania: a soberania popular, que é muito importante para impulsionar a revolução da qual será tido por patrono ideológico em 1799. Na concepção rousseauiana, a partir do contrato social, o indivíduo troca sua liberdade individual por uma liberdade civil e, deste pacto, se dá a formação de um corpo político que definirá todas as questões atinentes às funções do Estado – até mesmo a propriedade, mas não somente ela, como também a formação e aplicação das leis.

Este corpo político soberano é formado pelo todo da população, isto é, pela vontade geral, exercendo atividade política ativa e passiva na República, sendo, portanto, a responsável pelo processo de criação das leis e por obedecê-las no cotidiano.

Este poder soberano popular, inviolável e inalienável de Rousseau não é ilimitado como no absolutismo. Destaca Dallari (2011) que este poder respeita alguns limites, não podendo transgredir as convenções gerais, nem sobrecarregar os cidadãos com aspectos inúteis, que não tragam verdadeiros impactos a comunidade. Por fim, o Estado deve exigir igualmente de todos, não podendo manifestar preferência por nenhuma classe de obreiros ou de privilegiados.

Neste mesmo campo de estudo e período histórico surge uma pretensa controvérsia sobre a titularidade do poder soberano, manifestada neste estudo no pensamento de dois dos principais teóricos da revolução francesa – a soberania popular em Rousseau e a soberania nacional em Sieyès.

O pensamento acerca da soberania nacional do Abade Emmanuel Joseph Sieyès, clérigo da periferia de Paris, foi responsável pela renovação do conceito de poder soberano, tendo isso acontecido na conjuntura do pensamento de Rousseau, sobre a mudança de titularidade deste poder, que passa do poder monárquico legitimado pela onipotência divina para um poder soberano nacional exercido pelo povo-nação por meio de uma ordem constitucional.

Aponta Gustavo Cezar Ribeiro (2014, p. 135):

O advento do poder constituinte opera uma série de modificações na forma de se conceber a soberania e nos faz herdeiros de uma ampliação das possibilidades de se remontar a interação entre o componente concreto da soberania (o homem ou o conjunto de homens que a detém) e a sua fonte imaterial (seu titular metafísico, tais como o povo ou Deus). A criação de Sieyès, neste sentido, inscreve-se com clareza na tradição político-filosófica francesa, sendo herdeira de um modo tipicamente rousseauiano de operar a relação entre essas duas esferas da soberania.

Na visão de Ribeiro (2014), Sieyès dá um passo além na construção da noção concreta do titular da soberania: a substituição do vocábulo “povo”, amparado no conceito clássico do direito romano e utilizado amplamente por Rousseau, por “nação”, tornando palpável a intenção de conferir ao conjunto reunido dos indivíduos ligados cultural e historicamente a um território a titularidade do poder soberano, o que é feito a partir de uma constituição, de modo a conferir a esta ligação dos indivíduos caráter político e jurídico. Nesse sentido, Ribeiro (2014, p. 136) diz:

Em Rousseau a soberania reside no demos, o que também ocorre em Sieyès. A questão que claramente os distingue é, em primeiro lugar, o tema da representação/mediação da expressão soberana democrática e, em segundo lugar, a própria mutação conceitual do titular do poder soberano. No primeiro aspecto, Rousseau defende uma expressão imediata e direta do povo enquanto soberano, ao passo que Sieyès, apoiando-se num senso de praticidade, entende que a única forma viável da expressão do titular da soberania é pela via representativa. Sobre o segundo ponto, mais importante pra nossa análise, afirmo que a transição do povo rousсенiano para a nação de Sieyès implica uma reorganização do comprometimento substancial da soberania, bem como um deslocamento da imaterialidade soberana de um lugar metafísico a outro. Em Rousseau, a designação da vontade geral como a expressão própria do soberano traduz uma perspectiva fraca a respeito do conteúdo que o constitui. Há uma derivação romântica do rousseuismo que confere ao povo determinadas características particulares, mas esta interpretação não é inequívoca nem isenta de contradições importantes. As leituras mais "liberais" de Rousseau, identificando no filósofo um argumento prioritário em favor da liberdade individual, apontam o sentido oposto. São estas que tomo por referência aqui, para melhor notarmos a gradação mantida entre o filósofo do Contrato e Sieyès.

Com relação a esta pretensa controvérsia, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1974, pp. 12 e 26), na obra "Direito Constitucional Comparado, vol I - O Poder Constituinte" descreve as seguintes doutrinas estabelecendo suas diferenças conceituais:

(...) A doutrina de Sieyès, por isso, a doutrina da soberania nacional historicamente se contrapõe à doutrina de Rousseau, porque esta, sim, é a doutrina da soberania popular. No Contrato Social, a colocação é bem diferente. Rousseau entende que o único governo legitimamente estabelecido é aquele em que a vontade geral diz a última palavra; o único governo legítimo é o governo da vontade geral. Quando ele distingue monarquia, aristocracia e democracia, ele está simplesmente levando em conta o modo pelo qual se estrutura a execução da vontade geral.

(..) A posição de Rousseau é oposta à de Sieyès. Assim, na concepção de Rousseau, cada indivíduo, é detentor de uma parcela da soberania. Na doutrina de Sieyès, nenhum indivíduo é detentor de qualquer parcela da soberania; a soberania pertence a todos, à comunidade, à nação; ela é, por isso, indivisível.

Assim sendo, mesmo que contrapostas conceitualmente, Rousseau e Sieyès são fundamentais para sedimentar um novo conceito de soberania. Longe do conceito de Bodin, a soberania continua como aspecto inerente da formação dos Estados Nacionais, mas não tem sua titularidade na figura de um soberano, e sim no povo-nação; não é inerente à coroa, sendo perpétuo e absoluto. Nas palavras de Dallari (2011), a soberania de Rousseau-Sieyès é um poder indivisível e inalienável, exercido na doutrina de Rousseau somente pela vontade geral, quase como uma mente

coletiva; enquanto, em Sieyès, a vontade é exercida por todos como nação, representados pela ordem constitucional.

1.3 DA SOBERANIA NOS ESTADOS INTEGRADOS E GLOBALIZADOS

Ao escrever sobre o tema o autor Flavio Augusto Straus (2002), soluciona esta pretensa controvérsia da soberania de Rousseau-Sieyès ao afirmar que, antes de ser nacional, a soberania é popular e que o Estado Democrático, evolução direta do período histórico supramencionado, é mecanismo para o exercício dessa soberania que nasce popular e se desenvolve como nacional, a partir do poder constituinte originário, pelo povo exercido.

Nesse interim, tendo em vista ser a soberania nacional, antes popular e, por isso, exercida em favor do povo, tanto em âmbito interno, como externo, precisa ser pensada em vista da proteção dos interesses da comunidade nacional e no contexto de um mundo globalizado e integrado. Desse modo, os sujeitos de direito, ainda que continuem ligados política e juridicamente aos seus países, e a comunidade nacional são mais que isso, também são entendidos como pertencentes à ordem jurídica internacional.

Este conceito é relativamente novo, com evolução demorada e que permitiu uma série de abusos a direitos e garantias na história. Acerca disso, em “A Função Simbólica Dos Direitos Fundamentais”, Moreira (2007) assevera que o direito estatal é moroso, mas acompanha o tempo e a sociedade e deve ser compreendido como tal. O jurista destaca que há uma distopia entre o direito, o tempo e a sociedade, que prejudica que o direito evolua de forma a garantir que a proteção estatal esteja alinhada com a necessidade dos tempos (2007, p. 163):

Daí se nota que o Direito possui sua existência vinculada ao tempo, estando ambos relacionados com a sociedade. O problema está na falta de sincronia entre o tempo e o Direito estatista em face dos acontecimentos de uma sociedade globalizada. O paradigma jurídico moderno não é capaz de atender às inúmeras contingências dessa forma de sociedade.

Ao relativizar o conceito clássico de soberania nos Estados Modernos, evolui-se no sentido de entendê-la na perspectiva de um mundo integrado, do esforço transnacional de integração e de prosperidade entre as nações.

Muito distante do conceito clássico de soberania que emergiu da formação dos Estados nacionais no século XVI e desenvolveu-se na mudança de paradigma da monarquia à república, está-se diante de mudanças sociopolíticas que impõem um novo conceito de soberania nacional relativizado em vista de um cenário global comunitário. Na esteira deste pensamento, Lascala (2011) compreende que, atualmente, a soberania deve concluir pela prevalência da dignidade humana, independentemente de fronteiras territoriais.

Em consequência disso, defende-se que a soberania seja, de acordo com definição das Nações Unidas, fundada no princípio da igualdade entre as nações e que seja identificada e exercida como poder supremo que qualifica um Estado em relação a outros (TAIAR, 2009). No entanto, a história recente mostra a importância de uma abrangência transnacional dos direitos humanos como mecanismo de proteção ampla aos indivíduos, para coibir violações a direitos fundamentais sob o argumento de aplicação do direito interno, do exercício absoluto da soberania nacional.

Na esteira desse pensamento, tem-se a noção de que globalização parece ter atingido seu ponto mais acelerado e, por conseguinte, observa-se uma série de transformações que desafiam as noções de soberania nacional.

O aumento das relações de comércio internacional, a intensificação das trocas culturais resultantes do fluxo migratório, o compromisso de preservação ambiental e a interdependência econômica entre os Estados têm resultado na emergência de uma teia complexa de interações transnacionais. Nesse contexto, o poder absoluto, indivisível e inalienável, como conceitos rígidos nos Estados nacionais são questionados.

As significativas mudanças no cenário sociopolítico global dos últimos anos, a eclosão de uma guerra continental e a provável mudança na ordem mundial, formada não mais por um grande bloco internacional pretensamente pacífico, como pretendido no pós

guerra fria, mas por grandes zonas de influências não cooperativas, denotam a necessidade do debate acerca da relativização das soberanias nacionais em vista de um direito transnacional que proteja, na integralidade, os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana sem ferir de morte a independência das nações e a autodeterminação dos povos.

Acerca deste importante tema, Emerson Ademir Borges de Oliveira (2021, p. 535) escreve em sua obra “Relativização da soberania: um prenuncio de um novo contrato social no plano internacional”:

Entretanto, apesar de o momento atual expressar a crise do Estado nacional e, conseqüentemente, a diluição do poder estatal outrora ínsito e delimitado pela concepção clássica de soberania, também segue em paralelo a esse fenômeno de relativização da soberania um processo de restrição às liberdades civis. É que se trata de um processo de sustentação da sociedade organizada, isto é, uma forma de se dar continuidade a um novo contrato social, entretanto, ainda assim, é um contrato social que pressupõe uma estrutura de poder, mesmo que em novas bases. Talvez, fique mais transparente esse pensamento quando da exposição de Sunstein e Holmes - “a restrição das liberdades civis em nome do combate ao terrorismo é lamentável, mas essas trocas já foram feitas no passado e certamente o serão no futuro.

O novo contrato social do qual trata Oliveira (2021), ancorado na tese do contrato social de Rousseau, pode ser observado no cenário global com muita clareza, sobretudo no contexto do conflito Rússia x Ucrânia: a imensa maioria da comunidade internacional movimentou-se conjuntamente para sancionar a potência russa diante da fragilidade bélica e econômica ucraniana.

À vista disso, vê-se que os Estados nacionais agiram não em sua individualidade soberana, mas em comunidade, para preservar o *status quo ante* e garantir a preservação dos direitos garantias fundamentais dos indivíduos envolvidos no conflito, mesmo que, para isso, algumas liberdades civis fossem suprimidas, como o banimento dos passaportes da Federação Russa na União Europeia, conforme noticiado pelo tabloide estadunidense Washigton Post¹, em agosto de 2022.

¹ A notícia veiculada pelo Washigton Post está disponível em: <https://www.washingtonpost.com/world/2022/08/31/eu-suspend-visa-agreement-russia/>

No entanto, há quem divirja da relativização da soberania nacional em vista de uma integração mais profunda do Brasil no âmbito internacional. O constitucionalista Ives Gandra Martins (2000) expressa sua preocupação de que a relativização da soberania sirva, na verdade, aos interesses das grandes potências internacionais que exercem suas vontades por meio dos organismos internacionais. O autor se preocupa que a relativização da soberania, em vista de um direito internacional comunitário, enfraqueça ainda mais a autodeterminação de países emergentes, sobretudo os latino-americanos (MARTINS, 2000).

Diante dessa conjuntura, vê-se que o receio mencionado tomou não só o renomado jurista Ives Gandra, mas boa parte dos líderes dos Estados sul-americanos. Acerca disso, ao lançar olhos ao incipiente Mercosul, tem-se que a tentativa de integração não foi levada a cabo, justamente pelo receio dos países de delegar, isto é, relativizar, sua soberania em vista da efetivação de um sistema supranacional como o Europeu.

Quando o Mercosul nasceu, ele tinha como objetivo, à luz da União Europeia, de criar organismos transnacionais que tivessem total competência jurídico-política sobre os Estados-membros, congregando-os em volta dos objetivos comuns da região, a fim de que, juntos, tivessem relevância na discussão geopolítica internacional.

Todavia, há 30 anos os Estados-membros, diante de suas complexidades e dificuldades no que tange à soberania, não conseguiram (e/ou não quiseram) efetivar em seus respectivos diplomas constitucionais comandos que relativizassem a soberania nacional em vista do bloco continental.

Noutro giro, como sugere Oliveira (2021), o surgimento de um novo pacto social no plano internacional exige uma integração profunda entre os países para a concretização dos direitos humanos em todas as suas dimensões. A relativização, nesse sentido, não pode significar o enfraquecimento dos Estados nacionais, isto é, a destruição da autodeterminação, mas pretende ser ferramenta para conglobar as nações em um esforço único diante da sempre urgente questão concernente à concretização e à proteção dos direitos e garantias fundamentais.

2 BREVE ANÁLISE DO CONCEITO DE SOBERANIA NACIONAL NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Faz-se mister uma breve análise das constituições brasileiras a fim de serem identificados nelas os conceitos que foram desenvolvidos nos parágrafos anteriores acerca da soberania e a evolução sistemática deste conceito através da história. Acerca disso, o grande Rui Barbosa (1981, p. 15), em célebre discurso no colégio Anchieta, explica o que vem a ser uma constituição: “uma Constituição é, por assim dizer, a miniatura política da fisionomia de uma nacionalidade”, ou seja, é através da constituição que conhecemos as propriedades políticas de um país.

O Brasil, país historicamente recente, mas de história constitucional rica e vasta, conta com maestria sua história a partir de suas peculiaridades e conjunturas de outorga/promulgação. Nos 201 (duzentos e um) anos de país, o Brasil conta com 07 (sete) constituições, no entanto, neste estudo tomaremos como objeto apenas 03 (três), que, com suficiente material, abordam a mudança do conceito de soberania, são elas as constituições de 1824 (constituição do império), 1891 (constituição da primeira república) e 1988 (constituição atual).

2.1 SOBERANIA NACIONAL NO IMPERIO DO BRAZIL – CONSTITUIÇÃO DE 1824

A constituição de 1824 é o “ato constituinte” por excelência, já que está intimamente ligada com a independência do país que acontecera 02 (dois) anos antes. O catedrático português Paulo Ferreira da Cunha (2007, p. 263) caracteriza o Brasil como um país que, desde a sua gênese, traz consigo um espírito constitucionalista:

Pode dizer-se, com propriedade, que o Brasil nasceu já como país constitucionalista. A pujança actual do Direito Constitucional neste país de dimensão continental pareceria estar já em potência na sua génese. Pois não foi seu primeiro Imperador, D. Pedro I (D. Pedro IV em Portugal), autor da Carta brasileira e também da portuguesa de 1826? Ao proclamar a independência do Brasil, nas míticas margens do rio Ipiranga, D. Pedro convoca o mais originário de todos os poderes constituintes.

De fato, Dom Pedro I, diante de toda a conjuntura política e histórica da independência brasileira, atribui para si o poder constituinte originário da antiga colônia portuguesa

além-mar – e este poder será retratado nas letras da primeira Carta Constitucional em 1824, vide preambulo desta constituição:

Carta de Lei de 25 de Março de 1824

Manda observar a Constituição Política do Imperio, offerecida e jurada por Sua Magestade o Imperador.

DOM PEDRO PRIMEIRO, **POR GRAÇA DE DEOS, e Unanime Acclamação dos Povos, Imperador Constitucional, e Defensor Perpetuo do Brazil** : Fazemos saber a todos os Nossos Subditos, [...] (grifo nosso)

O Brasil não passou pelo período do absolutismo monárquico como país, mas como colônia de portuguesa. Portanto, o conceito de Bodin (2009) foi experienciado no Brasil como propriedade da coroa portuguesa, perpétua e absolutamente pertencente a Casa de Bragança. Na conceituação de Paulo Bonavides (1976) acerca do território e a sua relação como a soberania, o Brasil era para a Coroa e o Império Português, o que ele chama de território-objeto, ou seja, o Brasil pertencia a Portugal, e, por conseguinte, ao soberano como uma propriedade adquirida, à disposição do soberano e de suas arbitrariedades.

No entanto, com sua independência, o Brasil toma como forma de governo a Monarquia Constitucional, modelo político em voga naquele período histórico. A experiencia do recém-nascido autenticamente brasileiro é espelhada, sem dúvidas, na experiencias efervescentes do constitucionalismo inglês e francês, amparados pelos modelos filosóficos já mencionados neste estudo. Acerca desse momento histórico escreve Pereira (2012, p. 111):

Iniciado o processo de construção do Império do Brasil, se fazia necessário estabelecer as regras do jogo político que se desenrolava em meio a uma atmosfera diferenciada. As experiências revolucionárias inglesa, francesa e americana são as grandes representantes de um “movimento sem volta”, já que a ideia de constitucionalismo não nos é apresentada de forma dissociada da de transformação social e política ao longo do tempo histórico. Se tomarmos a disseminação das ideias constitucionais no Brasil, veremos que elas tiveram relação direta com os princípios da Ilustração, mas também com a conjuntura política lusitana.

Não se trata de um Estado absolutista. No entanto, é ainda o soberano do Brasil, Dom Pedro I, o titular da soberania do recém-nascido *Imperio do Brazil*. (BRASIL, 1824):

CONSTITUIÇÃO POLITICA DO IMPERIO DO BRAZIL.

EM NOME DA SANTISSIMA TRINDADE.

TITULO 1º

Do Imperio do Brazil, seu Territorio, Governo, Dynastia e Religião.

Art. 1. O IMPERIO do Brazil é a associação Política de todos os Cidadãos Brasileiros. Elles fomam uma Nação livre, e independente, **que não admite com qualquer outra laço algum de união, ou federação, que se opponha á sua Independencia.**

Art. 2. O seu territorio é dividido em Provincias na fórmula em que actualmente se acha, as quaes poderão ser subdivididas, como pedir o bem do Estado.

Art. 3. O seu Governo é **Monarchico Hereditario**, Constitucional e Representativo.

Art. 4. A **Dynastia Imperante é a do Senhor Dom Pedro I actual Imperador, e Defensor Perpetuo do Brazil.** (grifo nosso)

Nota-se pelo texto em vernáculo clássico que a carta política da monarquia constitucional no Brasil é um tanto quanto heterodoxa – pode até ser chamada de Monarquia constitucional à brasileira. Os artigos 3º e 4º da Constituição 1824 denotam bem a heterodoxia supracitada.

Pode-se dizer assim pois, por mais que o processo de constituição do Estado Imperial brasileiro se dê em um momento de extrema mudança de conceitos e paradigmas acerca do Estado-nação, soberania e a relação entre governo e governados, as peculiaridades e desafios da independência brasileira exigiam que a constituição da carta política de independência trouxesse conceitos que mesclassem o liberalismo político, que tomava todo continente europeu, com os antigos e rígidos conceitos de soberania que marcassem um caminho sem volta para a independência de fato e de direito do território brasileiro.

Nesse sentido, Janke (2011, p. 02):

Não ignorando as especificidades de cada um desses movimentos emancipacionistas que irromperam no continente ibero-americano nas primeiras décadas do XIX, há de se ressaltar algo que os aproximava: o desafio de se constituírem como Estados-nação, principal estrutura política que emerge das novas relações sociopolíticas entre governantes e governados. Neste sentido, os novos significados incorporados, desde meados do XVIII, aos conceitos de nação, soberania e outros que os são correlatos, tornam-se referências obrigatórias no estudo e análise das modernas construções políticas.

Acerca desta turbulência na mudança de paradigma, no que tange ao Estado e suas características fundamentais, Pereira (2012) é categórica em afirmar, amparada na

mais atual bibliografia sobre o tema, que é o constitucionalismo, ou seja, a organização político jurídica do novo Estado Imperial, responsável por garantir a estabilidade necessária para que o Brasil não sucumbisse a pressão do parlamento português e se mantivesse independente perante a embrionária comunidade internacional do século XIX.

No que tange à soberania do Brasil na Constituição de 1824, em âmbito interno, vê-se ainda mais acentuada a heterodoxia já mencionada. Este tema foi motivo de intenso debate da classe política brasileira que, por um lado embebida dos ideais revolucionários europeus, sobretudo, de Rousseau e Montesquieu, e por outro lado os defensores de uma Coroa que conduzisse o Brasil tanto em âmbito interno, quanto externo.

Em sua tese, Ribeiro (2012) explica que os impulsos dos pensamentos liberais levaram o Imperador a dissolver a Assembleia constituinte, com o receio de que seus poderes nas decisões políticas do Estado estivessem em risco. Dom Pedro I tinha em tese a vontade de colocar o Brasil na rota do constitucionalismo moderno, com divisão de poderes e mudança no *locus* da soberania, mas, ao mesmo tempo, tinha um saudosismo pelos tempos de imperador de seu pai, no absolutismo português.

Essa mescla de projeto liberal com saudosismo despótico culminou justamente na Carta Magna ora analisada. Ao analisar o título terceiro da Constituição, observa-se de modo evidente esse cenário (BRASIL, 1824):

Dos Poderes, e Representação Nacional.

Art. 9. A Divisão, e harmonia dos Poderes Politicos é o principio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer effectivas as garantias, que a Constituição offerece.

Art. 10. Os Poderes Politicos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial.

Art. 11. Os Representantes da Nação Brasileira são o Imperador, e a Assembléa Geral.

Art. 12. Todos estes Poderes no Imperio do Brazil são delegações da Nação.

Há uma mistura clara de conceitos, uma mescla, como anteriormente dito: ao mesmo tempo que o art. 9º diz que a divisão e harmonia dos poderes “é o princípio conservador dos direitos dos cidadãos, e o meio mais seguro de fazer efetivas as

garantias que a constituição oferece”, ou seja, uma clara referência a ideia de divisão e harmonia dos poderes em Montesquieu, trazendo sua ideia de liberdade nos governos moderados. Contudo, o art. 10 desmonta a pretensão liberal e concentra na mão do Imperador um quarto poder, o moderador, ao arrepio de qualquer ideário liberal, trazendo à baila o saudosismo despótico da dinastia de sua família nos áureos tempos da monarquia portuguesa (BRASIL, 1824).

O artigo 11 é uma pretensão de estabelecer um parâmetro de equidade entres os representantes do Estado, tendo colocado o Imperador a Assembleia Geral como tal. No entanto, está claro que não há, de fato, equidade à medida em que o poder moderador coloca a figura do soberano como única, não havendo de fato nenhum freio ou contrapeso ao seu poder.

A história dessa relação Coroa x Parlamento demonstrará ao longo da vigência desta Constituição, por diversas vezes, a imposição da vontade de Dom Pedro I e seu sucessor Dom Pedro II sobre a Assembleia Geral e seus membros. Ferreira da Cunha (2007, p. 265) descreve brevemente esta questão entre o poder moderador e o parlamento em sua obra:

Os traços mais relevantes deste diploma são o carácter unitário do Estado, o municipalismo, **e uma separação dos poderes mitigada pelo quarto poder, o poder moderador**, inspirada nas teorizações de Benjamin Constant. No geral, a Constituição é tributária do texto constitucional francês de 1814 (...) 7. **Naturalmente, o quarto poder, detido pelo Imperador, haveria de colidir com uma pura separação dos poderes** e especificamente com um puro parlamentarismo. D. Pedro II haveria de intervir impondo a sua vontade. (grifo nosso)

O artigo 12 denota uma ideia amplamente difundida no contexto da Revolução Francesa e já destrinchada neste estudo: a ideia da mudança do *locus* da soberania para o povo-nação a partir da doutrina de Rousseau-Sieyès.

Portanto, a princípio, a constituição tenta demonstrar que o Brasil de 1824 é um país de soberania popular, que a exerce por meio da ordem constitucional, delegando seu poder constituinte para seus representantes legais. Todavia, ao analisar esse artigo com olhar alinhado ao supra descrito, encontra-se mais amparo na doutrina *hobbesiana* da concessão dos indivíduos no contrato social com o soberano, do que,

de fato, na doutrina da soberania popular. Isso porque, conforme se verá a seguir, a constituição estabelece o Imperador como figura sagrada, isto é, não sujeita a nenhuma responsabilidade das quais a constituição obriga os cidadãos.

No Título 5º, a Constituição de 1824 trata das atribuições do Imperador do Brasil, tornando ainda mais clara a percepção do caráter heterodoxo da monarquia constitucional. Veja-se o que se entende dos primeiros três artigos deste título destinados ao Imperador e seu poder moderador (BRASIL, 1824):

Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.

Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma.

Art. 100. Os seus Titulos são "Imperador Constitucional, e Defensor Perpetuo do Brazil" e tem o Tratamento de Magestade Imperial.

Art. 101. O Imperador exerce o Poder Moderador

I. Nomeando os Senadores, na fórmula do Art. 43.

II. Convocando a Assembléa Geral extraordinariamente nos intervallos das Sessões, quando assim o pede o bem do Imperio.

III. Sancionando os Decretos, e Resoluções da Assembléa Geral, para que tenham força de Lei: Art. 62.

IV. Approvando, e suspendendo interinamente as Resoluções dos Conselhos Provinciaes: Arts. 86, e 87.

V. Prorogando, ou adiando a Assembléa Geral, e dissolvendo a Camara dos Deputados, nos casos, em que o exigir a salvação do Estado; convocando immediatamente outra, que a substitua.

VI. Nomeando, e demittindo livremente os Ministros de Estado.

VII. Suspendendo os Magistrados nos casos do Art. 154.

VIII. Perdoando, e moderando as penas impostas e os Réos condemnados por Sentença.

IX. Concedendo Amnistia em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade, e bem do Estado.

Já no art. 98, observa-se a grande incongruência que é o poder moderador, que outorga para si todas as competências da soberania, tanto nas decisões de âmbito interno, quanto em âmbito externo, ao dizer que o imperador é chefe supremo da nação e seu primeiro representante, quebrando toda a pretensão de paridade e equidade entre os representantes pretendida no art. 11.

Não obstante, é dado ao Imperador o poder de velar pela independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes, quando, na verdade, dá-se ao soberano o poder de interferência nas atribuições de todos os demais poderes, não concedendo a nenhum

uma verdadeira independência, necessária para frear decisões arbitrárias e cessar os indevidos privilégios, como nas experiências francesa e inglesa.

O artigo 98 é, por sua vez, a mais alta representação do preciosismo despótico do Imperador que atribui, assim, papel acima da lei. Como descrevera Bodin (2009) em sua obra *Six Livres de la République*, o soberano está sujeito somente a Deus e à sua lei natural – é ele o responsável pela promulgação das leis pela sua execução, mas jamais está obrigado a ela.

O poder moderador dividia a elite política brasileira, como já descrito neste estudo, mas o projeto vencedor naquela conjuntura foi de uma monarquia forte, capaz de garantir a independência soberana no Brasil.

A mescla heterodoxa entre uma constituição de caráter liberal e monarquista forte foi intencional e, para Christian Edward Cyril Lynch (2005), pesquisador especialista neste momento histórico, o modelo vitorioso monárquico pressupunha que os constituintes de 1823 entendessem que, ao entrar na Assembleia, deveriam admitir que o Imperador já havia sido reconhecido pelo povo e que, portanto, o poder constituinte originário de alguma forma já havia sido exercido.

Nessa toada, Lynch (2005, p. 612), afirma que

a oferta e aceitação por Dom Pedro do título de Defensor Perpétuo do Brasil, feita em nome de toda a nação pela Câmara Municipal do Rio de Janeiro, bem como sua posterior aclamação pública como Imperador Constitucional, em outubro de 1822, teriam cumprido a mesma função de legitimação democrática da realeza que, nos discursos monarquiano de 1789 e bonapartista de 1804, haviam sido exercidas pelos cahier de dóleance que precederam os Estados Gerais e pelo referendo que havia instaurado o regime cesarista. Essa manifestação verdadeiramente napoleônica da vontade soberana de fazer do príncipe seu primeiro representante teria sido reiterada e tornado, assim, perfeita e acabada com a cerimônia de sagração e coroação do Imperador, no início de dezembro de 1822. Ao se reunir com a Assembleia em maio do ano seguinte, os constituintes achavam-se diante de um fato consumado, com que tinham de se conformar. Ela não poderia ser considerada Constituinte no sentido conferido por Sièyes, isto é, de uma representação soberana, porque a e vontade do povo havia sido transmitida prévia diretamente ao príncipe, que era seu interlocutor privilegiado. (...) Daí porque, no juramento da coroação e no discurso com que abriu a Constituinte, Dom Pedro sustentou que defenderia a futura constituição desde que ela fosse digna dele e do Brasil.

Desse modo, tem-se que a soberania no *Imperio do Brazil* não cabe num enquadramento doutrinário rígido. Isso porque ela mescla conceitos derivados das conjunturas sociais e políticas que permearam a independência brasileira em 182. O modelo político aceito pelo conjunto dos nacionais foi uma monarquia constitucional à brasileira, que detinha traços do liberalismo revolucionário que ditava tendência na Europa do século XIX, adotado pelo legislador originário. Contudo, apresentava característica bem marcadas do que nominamos neste estudo de “saudosismo despótico” por parte do Imperador, amparado no passado absolutista da monarquia portuguesa, da qual Dom Pedro I é sucessor direto.

2.2 SOBERANIA NACIONAL NA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL – CONSTITUIÇÃO DE 1891

A Constituição de 1891 estabelece um outro tempo no Brasil após o golpe militar que destituiu a Coroa e estabelece no lugar um governo militar sob a égide de um Estado de Direito, que pretende ser democrático, acabar com o despotismo e estabelecer de vez no Brasil os ares liberais vividos na experiência norte americana. Os “Estados Unidos do Brasil” é uma clara referência a isso – e mais: houve uma vontade profunda de replicar em solo sul-americano o mesmo projeto nacional republicano presidencialista dos Estados Unidos da América.

Para levar a cabo tal projeto, era preciso que todo o imaginário monarquista fosse superado. Nesse sentido, foram substituídos todos os símbolos nacionais que remetessem ao Estado Imperial – hino e bandeira, sobretudo, a respeito da bandeira: cópia idêntica da bandeira estadunidense foi elaborada, mantendo somente as cores das casas de Bragança e Habsburgo, além do azul estrelado das províncias (agora Estados).

Acerca da importância dos símbolos para a conjuntura do novo Estado-nação escreve, Jurt (2012, p. 471) retomando importante expressão do escritor José Murillo de carvalho, que através da imortalidade dos símbolos “formam-se as almas”:

Aos símbolos nacionais cabe uma função central, uma vez que visualizam de modo marcante os valores e os conteúdos da autodefinição política de uma comunidade, através dos quais os cidadãos conhecem e reconhecem sua

identidade política. Por intermédio destes símbolos onipresentes e facilmente identificáveis, “formam-se as almas”, para retomar uma expressão do historiador brasileiro José Murilo de Carvalho (1990).

Especificamente sobre a primeira bandeira republicana brasileira, Jurt (2012) descreve que esta foi uma forma de expressar um primeiro símbolo de um golpe de estado que pretendia ter aclamação popular e agradar as elites oligárquicas republicanas. Enquanto para os republicanos cariocas o modelo havia sido a França e, por isso, a banda militar entoava seguidamente a Marselhesa, o modelo paulista havia sido os Estados Unidos.

Desse modo, para que houvesse um símbolo tipicamente brasileiro que chamasse ao sentimento nacional pretendido, foi hasteada na Câmara da Capital a nova bandeira republicana, sinal de um novo tempo espelhado em revoluções estrangeiras. Acerca disso, pontua Jurt (2012, p. 491):

A partir da proclamação da República, surgiu uma nova bandeira dos Estados Unidos do Brasil: uma versão verde e amarela do Stars and Stripes norte-americano, com 20 estrelas sobre um quadrado negro. A bandeira, que mais tarde seria denominada “bandeira da Proclamação”, flutuou ao menos até 19 de novembro no mastro de um edifício da Câmara Municipal do Rio de Janeiro (Carvalho 1990:111). O modelo dos republicanos do Rio havia sido a República francesa; mas tratava-se talvez de ganhar a simpatia dos liberais de São Paulo, que se inspiravam no modelo norte-americano.

Superado o período simbólico de afirmação da república, passa-se ao momento crucial da mudança de regime: a convocação de nova constituinte que levasse a cabo todo o projeto pretendido até então, desde o golpe até o exílio da família real. É emblemático que o ano da promulgação de nova carta política coincida com o ano da morte do último imperador brasileiro – foi uma mudança de paradigmas profunda.

Assim diz o texto constitucional (BRASIL, 1891):

Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos em Congresso Constituinte, para organizar um regime livre e democrático, estabelecemos, decretamos e promulgamos a seguinte

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS

UNIDOS DO BRASIL

TÍTULO I

Da Organização Federal

DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art 1º - **A Nação brasileira adota** como forma de Governo, sob o regime representativo, **a República Federativa**, proclamada a 15 de novembro de

1889, e constituiu-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias, em Estados Unidos do Brasil.

Logo no início, tem-se a mudança mais profunda dessa constituição: a alteração da monarquia para a república federativa, a verdadeira e profunda separação de poderes. O Brasil, a partir desta carta constitucional, incorpora de vez o sistema de governo presidencialista norte americano, além da república como forma de governo, muito difundida no continente europeu do século XIX.

Neste período do constitucionalismo brasileiro, as ideias acerca dos elementos fundamentais do Estado advindas da revolução francesa, tais como a soberania nacional e as noções de vontade geral, foram amplamente incorporadas ao ordenamento jurídico. O preâmbulo é quase uma cópia do constante da constituição nascida da revolução norte americana – parece ser esse o desejo do constituinte originário de 1891: replicar os modelos internacionais difundidos e bem sucedidos.

É nesse sentido que Paulo Ferreira da Cunha (2007, p. 265) pontua:

De Império se passa a República (com óbvia supressão do poder moderador e mais puro estabelecimentos da separação dos três poderes), de Estado unitário a Estado federal, de Estado com religião oficial católica a Estado laico. Aprofundam-se os direitos, liberdades e garantias. O habeas corpus (instituído no Código Criminal de 1830) passa a ter lugar na Constituição, como lhe cumpria, e é abolida a pena de morte e outras penas e tratamentos cruéis e infamantes. O regime passa a presidencialista, com inspiração nos EUA.

No que concerne à soberania nacional, no contexto dessa constituição (BRASIL, 1891), somente o art. 15 trata diretamente do assunto ao asseverar que “São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si”. De fato, a repartição dos poderes, ou equipotência, é matéria de soberania nacional em âmbito interno, vez que, direta ou indiretamente no sistema de governo estabelecido, é o voto popular que elege os representantes de cada um dos poderes estabelecidos, que, por sua vez, exercerão suas funções em nome dos cidadãos brasileiros, nominados, nesta constituição, com a expressão eternizada na doutrina de Sieyès: “nação”.

Entretanto, no âmbito histórico e político desta constituição, o Brasil passa a preocupar-se muito mais com sua política externa. Passada a turbulência da mudança de regime, o país volta dar devida atenção à questão da política externa e participa da gênese da integração na comunidade internacional no século XIX.

Nesse sentido, a questão de soberania nacional, no contexto da primeira república, abordada neste estudo é a expulsão de estrangeiros e a disputa de entendimento entre Executivo e Supremo Tribunal Federal.

Como primeiro desafio de soberania nacional nos primórdios da república, tem-se a questão da expulsão de cidadãos de outros países que agissem de modo inoportuno à ordem nacional, ou não. Bonfá (2009), em célebre estudo acerca do tema, exprime a ideia de que não havia muita controvérsia entre os poderes constituídos na república sobre a possibilidade de expulsar estrangeiros. Todavia, foi o Supremo Tribunal Federal o responsável por lançar bases jurídicas para tal possibilidade através de súmulas que tinham como princípio a soberania nacional.

Acerca disso, Bonfá (2009, p. 65):

Pelo teor destes acórdãos emitidos pelo STF na década de 1890, se percebe que o poder Judiciário, representado por este Tribunal, seu órgão máximo, acabou absorvendo, nos primeiros anos da República brasileira, o argumento de que a soberania nacional era um direito inviolável e sagrado de uma nação. Ou seja, a soberania era um direito que deveria ser protegido e conservado, o que, em uma perspectiva mais ampla, acabou justificando as expulsões de estrangeiros, sem ao menos os considerar ameaçadores desta garantia.

O tema gerou intensos embates jurídicos na primeira república. Bonfá (2009) explica que, por um lado, o Poder Executivo e o Supremo Tribunal Federal, em primeiro momento, defenderam, como acima descrito, que a expulsão de estrangeiros era questão de soberania, isto é, direito inviolável do povo brasileiro exercido pelo Estado; e, por outro lado, os estrangeiros evocavam o artigo 72, que lhes garantia inviolabilidade de sua liberdade e propriedade.

O estudo de Bonfá (2009) evidencia que a tese da residência evocada no Supremo Tribunal Federal por aqueles estrangeiros que viviam no Brasil desde o momento da

proclamação da república e eram, conforme a própria constituição, espécie de “brasileiros equiparados”, ganhou força. Ainda assim, o Poder Executivo insistiu ainda por alguns anos na tese da expulsão de estrangeiros como poder discricionário do Estado, amparando-se na soberania nacional.

O entendimento acerca dessa controvérsia foi, a princípio, pela prevalência da legalidade, indissociável ao Estado Democrático de Direito, que se pretendia estabelecer no país por meio da nova ordem constitucional. Desse modo, não poderia a soberania nacional ser subterfúgio para infringir direitos e prerrogativas constitucionais, como já mencionado.

Contudo, não pensavam assim os membros do Poder Executivo no início da república, que decidiram travar verdadeira batalha institucional com o Poder Judiciário por conta da expulsão de estrangeiros do território nacional. A queda de braço entre poderes, não é novidade no Brasil e tampouco o uso da imprensa para tentar influenciar a opinião pública sobre temas complexos.

Bonfá (2009) aponta que o Executivo usou o “apego” do judiciário pelo princípio da legalidade para infringir ao STF a pecha de que estes seriam por este motivo “avessos a soberania nacional” e favoráveis à anarquia estrangeira no território brasileiro. Veja-se o comentário de famoso jornal da época, O Paiz, sobre decisão do Ministro Pedro Lessa em 1917, no caso do espanhol José Fernandes (apud BONFA, 2009, p. 72):

O eminente Dr. Pedro Lessa, (...), deu voto favorável aos anarquistas e S. Ex. justificou esse voto declarando que o judiciário não é o poder legislativo, sendo sua função a de aplicar à Constituição e as leis a cada espécie submetida a deliberação do tribunal. E na opinião do prezado (...) magistrado, a Constituição garante plenamente os estrangeiros residentes no Brasil contra qualquer exceção que as leis ordinárias possam criar contra eles (...). O Dr. Pedro Lessa é um homem que conhece direito, e não será S. Ex. que se apegará a interpretação literal da lei. A letra da lei, já disse S. Paulo, mata; o seu espírito é que vivifica. (...).

E, desse modo, prossegue as críticas ao Judiciário e a seus membros: Quando aqui comentamos ligeiramente o discurso do senador Adolpho Gordo, tivemos ocasião de chamar para ele a atenção dos entendidos, e se o Dr. Pedro Lessa o tivesse lido atentamente, veria que os argumentos do representante de S. Paulo são mais vigorosos e mais sólidos do que podem parecer a uma simples leitura pelo alto (...). Estamos, infelizmente, convencidos de que o audacioso topete dos anarquistas estrangeiros levar-no-ha [sic] a perigos tais que o próprio Dr. Pedro Lessa há de encontrar na Constituição meios de defesa da ordem e não um manto protetor para abrigo dos inimigos do Brasil. (O PAIZ, 1917: 1)

Por este comentário de relevante jornal da república, fica demonstrada a influência que o Poder Executivo exerceu naquelas circunstancia acerca da opinião popular – não só o Executivo, mas também os parlamentares que compunham a base governista, exemplificados na pessoa do Senador Adolpho Gordo, responsável por contrapor diretamente o ministro na ocasião.

Ficam claras as posições dos poderes constituídos nessa batalha de narrativas envolvendo a soberania nacional. Vale reiterar o que foi dito no início do presente estudo: a soberania é, sem nenhuma dúvida, a expressão mais utilizada, tanto em âmbito de direito interno (direito constitucional), quanto em âmbito de direito externo (direito internacional), para justificar os mais amplos posicionamentos político-ideológicos.

In casu, o Poder Executivo brasileiro se utiliza de uma concepção ideologizada de soberania que ultrapassa a legalidade e denota a tentativa de impor sua própria vontade política. Por outro lado, a Suprema Corte, na figura do ministro Pedro Lessa, defende a soberania nacional como corolário do princípio da legalidade. O que se depreende do discurso do ministro é que nação soberana em âmbitos externo e interno é aquela que garante segurança jurídica pelo primado da ordem constitucional.

Por mais que a soberania seja princípio fundamental para existência do Estado (Dallari, 2011), nenhum princípio pode ser levado a cabo como absoluto, pois tende a descambar para o autoritarismo, como observamos na história político-constitucional brasileira. Lessa enxerga, na vanguarda do pensamento jurídico, que é necessário um sopesamentos de princípios constitucionais, neste caso prevalecendo o da legalidade, no que concerne ao artigo 72 da constituição de 1891.

Contudo, a narrativa que prevaleceu foi a do Poder Executivo, amparado pelo Legislativo, que em 1926 promulgou emenda à constituição inserindo o parágrafo 33 ao controverso art. 72, legitimando a expulsão de estrangeiros entendidos como “perigosos a ordem pública ou nocivos aos interesses da república” (BRASIL, 1891).

2.3 SOBERANIA NACIONAL NA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL – CONSTITUIÇÃO DE 1988

Logo no início da Constituição da República de 1988, é possível observar três pontos acerca da abordagem moderna de soberania desejada pelo legislador originário. O art. 1º evidencia o principal fundamento de nossa república: a soberania, o que indica que o Brasil é um país soberano e exercerá esta soberania na forma do parágrafo único deste mesmo artigo que enuncia que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 1988).

Adiante, o art. 4º expressa qual será o comportamento do Brasil em suas relações internacionais (BRASIL, 1988):

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:
 I - independência nacional;
II - prevalência dos direitos humanos;
 III - autodeterminação dos povos;
 IV - não-intervenção;
 V - igualdade entre os Estados;
 VI - defesa da paz;
 VII - solução pacífica dos conflitos;
 VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;
IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
 X - concessão de asilo político.
 Parágrafo único. **A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.**

Por fim, no art. 5º, § 2º e §3º expressa a importância e o destaque que as normas advindas de convenções e tratados internacionais terão no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro (BRASIL, 1988):

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.
 § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Com estes artigos, o legislador constitucional brasileiro acompanha o contexto no qual a constituição foi escrita: a primavera do direito comunitário e a necessidade de integração dos países em blocos continentais. Como efeito disso, houve a necessidade de posicionar o Brasil como nação soberana, mas uma soberania moderna, em vista de internalizar e efetivar da forma mais plena possível os tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos e garantias fundamentais da pessoa humana.

A respeito da relativização da soberania, que pode parecer intromissão demasiada na autodeterminação dos povos e perigo à soberania nacional (como pensa Ives Gandra Martins), Maria Carolina Lascale (2011, p. 87) esclarece:

Do mesmo modo, face à proteção internacional dos direitos humanos, tornou-se legítima a intervenção na jurisdição doméstica dos Estados que desrespeitassem esses direitos, sem que isso significasse ameaça à soberania nacional.

Em primeiro lugar, porque os organismos internacionais foram criados pelos próprios Estados engajados em causas maiores como a proteção dos direitos humanos, a busca da paz mundial, o progresso das relações econômicas, entre outras. Quando assim agem, os Estados transferem parte do exercício da soberania a estes organismos, sem renunciá-la.

Nesse diapasão, Flavia Piovesan (2012) explica que a maneira mais eficaz encontrada pela comunidade internacional de “juridicizar” os direitos e garantias fundamentais previstos na Declaração Universal de Direitos Humanos foi por meio dos Tratados Internacionais, já que, dessa forma, deixaria de ser apenas uma Declaração, isto é, um código de conduta que os Estados são chamados a seguir, para se tornar norma jurídica, obrigatória e vinculante.

Nesse sentido Piovesan (2012, p. 226) faz um breve apanhado histórico sobre a consolidação destes direitos em tratados:

Esse processo de "juridicização" da Declaração começou em 1949 foi concluído apenas em 1966, com a elaboração de dois tratados internacionais distintos - o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - que passaram a incorporar os direitos constantes da Declaração Universal. Ao transformar os dispositivos da Declaração em previsões juridicamente vinculantes e obrigatórias, os dois pactos internacionais constituem referência necessária para o exame do regime normativo de proteção internacional dos direitos humanos.

A partir deste breve apanhado histórico, nota-se a preocupação de toda comunidade internacional em tornar a rede de proteção dos direitos humanos e garantias fundamentais, algo juridicamente robusto, obrigatório e vinculante, para que os países signatários tivessem um real comprometimento na efetivação destes tratados em seus ordenamentos jurídicos.

A Constituição da República de 1988 (art. 5º, §1º, §2º e §3º) garante a internalização imediata dos tratados que versem sobre direitos humanos e garantias fundamentais. Não obstante, garante que tenha hierarquia constitucional, permitindo a sobrevalência destes tratados sobre o direito interno. Há, porém, doutrinas que divergem deste entendimento.

No campo científico e doutrinário que empreende esforços no estudo do direito constitucional brasileiro e suas nuances, há diversas correntes acerca da internalização dos tratados internacionais. Há corrente divergente da supra mencionada, que entende os tratados internalizados como lei ordinária, ou seja, abaixo da ordem constitucional como descrita na exaustivamente conhecida pirâmide de Kelsen.

De acordo com Seabra (2011), o principal expoente dessa corrente de pensamento é Francisco Rezek. Além do mais, este também foi o posicionamento predominante na Suprema Corte desde o do Recurso Extraordinário nº 80.004/SE, de relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque até emblemático Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP, pouco mais de 11 anos (1977-2008) prevaleceu a tese de que os tratados internacionais, sejam eles de direitos humanos ou não tem caráter infraconstitucional, são internalizados como lei ordinária.

No entanto, no presente estudo, toma-se por base teórica a corrente doutrinária que entende o Direito Constitucional pátrio e nossa atividade em âmbito de Direito Internacional Público, com vistas à proteção ampla dos direitos humanos e das garantias fundamentais, à luz do desejo originário do legislador constitucional em 1988.

Partindo deste entendimento doutrinário, Piovesan, Cançado Trindade e Pinheiro entendem que existe, por força dos dispositivos supracitados, 02 (dois) procedimentos de internalização de tratados internacionais. Para eles, o motivo da diferenciação dos procedimentos se dá pelo fato de que os tratados de direitos humanos e garantias fundamentais, diferentemente das demais espécies de tratados (tributários, econômicos, comercial e etc.), têm como bem tutelado a dignidade da pessoa humana, enquanto os demais buscam o simples equilíbrio nas relações entre os Estados-partes.

Acerca do procedimento de internalização dos tratados de direitos humanos e garantias fundamentais, Carla Pinheiro (2001, p. 74) expressa o posicionamento defendido por ela e pelos autores acima citados:

Podemos afirmar que, na sistemática jurídica brasileira, existem dois regimes aplicáveis aos tratados: um aplicável aos tratados de Direitos Humanos, e outro aplicável aos demais tratados. Assim, a partir do ato da ratificação, os tratados que cuidam de Direitos Humanos passariam de imediato - art. 5º, § 1º da CF de 1988 - a integrar a ordem jurídica interna, ao contrário das demais espécies de tratados, que necessitam obedecer a um procedimento determinado, para que passem a constituir norma interna.

O art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988 determina que os direitos - que tenham a mesma natureza dos Direitos Fundamentais - inseridos nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte passam a integrar seu bojo.

Ante o exposto, a partir da necessária digressão histórica ora apresentada, passa-se a discutir a relativização da soberania nacional brasileira em vista da aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Garantias Fundamentais, à luz dos mecanismos presentes na Constituição da República de 1988.

3 INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A RELATIVIZAÇÃO DA SOBERANIA

Como já apresentado, o legislador constituinte de 1988 pretendeu que o Brasil fosse um país integrado ao direito transnacional que emergia naquele determinado período histórico e passaria ser o paradigma das relações internacionais. O art. 4º da Constituição Federal denota explicitamente esta vontade, como supramencionado.

Como bem elucida Taiar (2009), após os horrores da Segunda Grande Guerra, provavelmente o período com maior ofensa aos direitos humanos e às garantias fundamentais na história moderna e pós moderna, foi necessário que as nações se integrassem de tal forma a darem início a uma verdadeira comunidade de nações, com prioridade aos cuidados mais íntimos com os direitos humanos.

Dessa forma, há uma mudança profunda de paradigma no âmbito do Direito Internacional Público, qual seja, a relativização da soberania, para que passem a ser considerados sujeitos de direito internacional, não somente os Estados, mas também indivíduos, de modo a ampliar a capacidade de jurisdição e proteção, por meio de organismos transnacionais dedicados exclusivamente aos direitos humanos e garantias fundamentais (TAIAR, 2009).

Nesse contexto, o continente europeu é o primeiro a instituir um sistema jurídico-político transnacional que relativiza a soberania dos estados membros em prol de uma integração completa dos estados-membros. Esse foi o primeiro continente a criar um sistema paraestatal de proteção dos direitos humanos, em 1950. Já o sistema interamericano, objeto do presente estudo, foi instituído mais tarde.

Acerca destes dois sistemas, Piovesan (2017, p. 1361) tece a seguinte crítica:

Dois períodos demarcam o contexto latino-americano: o período dos regimes ditatoriais; e o período da transição política aos regimes democráticos, marcado pelo fim das ditaduras militares na década de 80, na Argentina, no Chile, no Uruguai e no Brasil. Em 1978, quando a Convenção Americana de Direitos Humanos entrou em vigor, muitos dos Estados da América Central e do Sul eram governados por ditaduras. Dos 11 Estados-partes da Convenção à época, menos que a metade tinha governos eleitos democraticamente, ao passo que hoje quase a totalidade dos Estados latino-americanos na região

tem governos eleitos democraticamente. Diversamente do sistema regional europeu que teve como fonte inspiradora a tríade indissociável Estado de Direito, Democracia e Direitos Humanos, o sistema regional interamericano tem em sua origem o paradoxo de nascer em um ambiente acentuadamente autoritário, que não permitia qualquer associação direta e imediata entre Democracia, Estado de Direito e Direitos Humanos.

Concernente ao sistema interamericano de direitos humanos, Piovesan (2017) explica que este surge de maneira heterodoxa, vez que não é fruto de um processo de integração dos Estados americanos, que até ensaiaram, àquela época, um projeto de integração amplo como o europeu, mas que nunca foi efetivado. Contudo, o sistema interamericano foi levado a cabo mesmo diante das complexidades latino-americanas, no que tange a democracia, Estado de Direito e garantias fundamentais.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos é aparato transnacional, composto pela Comissão e pela Corte IDH, esta segunda tem jurisdição sobre os estados-membros da Organização de Estados Americanos (OEA). Aos moldes da Corte de Estrasburgo, na Europa, a Corte de São José da Costa Rica tem como competência, de acordo com o próprio texto do Pacto, “reconhecer os assuntos relacionados com o cumprimento de compromissos contraídos pelos Estados Partes da Convenção e regular seu funcionamento” (BRASIL, 1962).

Nesse sentido, o Brasil se coloca, de fato, na rota da proteção internacional dos direitos humanos, dispondo de todos os meios na Constituição Federal, além de em 2002 ter aderido, por meio do Decreto nº 4.463, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, proveniente da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Como Estado-membro, o Brasil relativiza sua soberania nacional com o intuito de ampliar sua rede de proteção e promoção dos direitos humanos, pois, na forma do artigo 1º do decreto presidencial supracitado, o Brasil reconhece como “obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos”, ou seja, permite que uma Corte transnacional tenha jurisdição no que concerne aos direitos humanos no território nacional (BRASIL, 2002).

Acerca da implantação do sistema interamericano de direitos humanos há 20 anos, bem como da sua necessidade para a complexidade política e jurídica local, Flavia Piovesan (2014, p. 79) destaca o impacto gerado pelo Pacto de São José da Costa Rica no contexto latino-americano:

É neste cenário que o sistema interamericano gradativamente se legitima como importante e eficaz instrumento para a proteção dos direitos humanos, quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas. Com a atuação da sociedade civil, a partir de articuladas e competentes estratégias de litigância, o sistema interamericano tem a força catalizadora de promover avanços no regime de direitos humanos.

Permitiu a desestabilização dos regimes ditatoriais; exigiu justiça e o fim da impunidade nas transições democráticas; e agora demanda o fortalecimento das instituições democráticas com o necessário combate às violações de direitos humanos e proteção aos grupos mais vulneráveis.

A partir desse cenário, a relativização da soberania nacional não significa empobrecer a autodeterminação dos países ou deslegitimar a figura do Estado soberano na proteção dos direitos e garantias fundamentais em seu território. Desse modo, os direitos e garantias fundamentais têm, de acordo com o jurista Nelson Camatta Moreira (2018, p. 7), função ambivalente e paradoxal, na proteção dos indivíduos e na reafirmação do papel do Estado na afirmação de tais direitos:

a função ambivalente e paradoxal dos direitos fundamentais está justamente na perspectiva contemporânea de que eles, ao mesmo tempo em que atuam como “trunfos em face de maiorias eventuais” e, ainda, como freio às eventuais arbitrariedades praticadas pelo próprio Estado, por outro lado esses direitos também reforçam a ideia da necessidade de manutenção desse ente soberano, ou seja, o Estado – ainda que abalado - se mantém fundamentado no discurso de sua importância para a afirmação dos direitos fundamentais.

Relativizar a soberania, na verdade, trata-se de uma espécie de mecanismo que favorece e fortalece a atuação estatal nesta função ser mantenedor e afirmador de direitos, ainda mais no contexto da América Latina, marcado por sérios problemas no que concerne a efetividade da atuação estatal frente aos novos desafios da globalização.

O sistema interamericano de direitos humanos serve como um aparato subsidiário, quando o Estado se queda inerte perante a situações que violem direitos humanos e garantias fundamentais, atua como um suporte balizador quando o Estado não pode,

ou não quer reconhecer seu papel de garantidor da efetivação dos princípios contidos na Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Neste interim, Piovesan (2014, p. 89) assevera que o sistema IDH tornou-se um sistema multinível, aliando o diálogo jurisdicional e a legitimação da sociedade, que no novo paradigma abordado neste estudo são vistos como sujeitos de direito internacional:

Neste contexto, o sistema interamericano gradativamente se empodera, mediante diálogos a permitir o fortalecimento dos direitos humanos em um sistema multinível. É sob esta perspectiva multinível que emergem quatro vertentes do diálogo jurisdicional, a compreender o diálogo com o sistema global (mediante a incorporação de parâmetros protetivos de direitos humanos); o diálogo com os sistemas regionais (a envolver a “europeicização” do sistema interamericano e a “interamericanização” do sistema europeu); o diálogo com os sistemas nacionais (a abranger o controle da convencionalidade); e o diálogo com a sociedade civil (a emprestar ao sistema interamericano crescente legitimação social).

Outrossim, Piovesan (2017) também destaca a importância emancipatória do tratado na vida constitucional dos Estados da América Central e do Sul. A convenção, nos 50 anos desde sua assinatura, foi responsável por empoderar as transições democráticas do continente, de modo a influenciar diretamente para que, no movimento constituinte latino-americano pós autoritário, houvessem mandamentos constitucionais abertos que possibilitassem a integração dos tratados internacionais de direitos humanos com a ordem constitucional, oportunizando o desenvolvimento real de um direito constitucional comum latino-americano, ao menos no que tange a proteção e promoção dos direitos humanos.

A partir disso, serão comentários acerca da atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Supremo Tribunal Federal concernente a relativização da soberania na aplicação dos postulados da Convenção Interamericana de Direitos Humanos no Brasil.

4 COMENTÁRIOS SOBRE A RELATIVIZAÇÃO DA SOBERANIA NACIONAL NA APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

É patente a predileção do constituinte originário de 1988 pelo tema dos direitos humanos e das garantias fundamentais, haja visto que este é o tema central da atual carta constitucional. Ao longo do presente estudo foram analisados os panoramas históricos políticos que permeiam a constituição, bem como para as influências internacionais responsáveis para que este tema estivesse sempre tão presente.

Entretanto, este capítulo final trata especificamente dos mecanismos de integração dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos na ordem constitucional, em especial quanto à Convenção Interamericana de Direitos Humanos no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, denotando a relativização da soberania brasileira nestes casos.

Como anteriormente dito, com a promulgação do Decreto nº 4.463/2002, a CtIDH passou a vigor no ordenamento jurídico pátrio com o patamar de norma constitucional, como preveem os três primeiros parágrafos do art. 5º da Constituição da República.

No campo doutrinário, esse é o entendimento defendido sobretudo por Cançado Trindade e Piovesan. Acerca disso, Trindade (1991, 631) destaca a importância desta inovação trazida pela Constituição na defesa de direitos e garantias fundamentais:

Assim a novidade do artigo 5º (2) da Constituição de 1988 consiste no acréscimo, por proposta que avancei, ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados, dos direitos e garantias expressos em tratados internacionais sobre proteção internacional dos direitos humanos que o Brasil é parte. Observa-se que os direitos se fazem acompanhar necessariamente das garantias. É alentador que as conquistas de direito internacional em favor da proteção do ser humano venham projetar-se no direito constitucional, enriquecendo-o e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista como constitucionalista.

Neste diapasão, a CtIDH tem papel preponderante na proteção dos direitos e garantias dos brasileiros enquanto sujeitos de direito humanos em âmbito

internacional, sobretudo quando é o próprio Estado brasileiro que infringe esses direitos ou, por algum motivo, não os reconhece, mesmo sendo signatário da CIDH.

Para tanto, a Corte tem um *modus operandi* próprio a ser obedecido para que as denúncias alcancem a competência deste tribunal. No presente estudo, analisa-se o caráter contencioso da Corte Interamericana de Direitos Humanos, deixando por questão metodológica seu papel consultivo.

Paiva Toledo e Bizawu (2018) detalham o caminho para que uma ação seja aceita no âmbito da corte: em síntese, é preciso que algum dos legitimados (Estado-membro, um indivíduo ou grupo de indivíduos) apresente denúncia em desfavor de Estado-parte por violação de determinado direito previsto na Convenção.

Observados os critérios de admissibilidade, segundo ensinam Paiva Toledo e Bizawu (2018), a Corte propõe a resolução amistosa da lide, caso não seja possível a conciliação; e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos passa a analisar a questão de mérito. Nesse contexto, caso sejam identificados indícios de violação de direitos humanos, a Comissão IDH recomenda, por relatório ao Estado, a adoção de medidas de reparação. Na hipótese de o Estado não cumprir as recomendações, a Comissão IDH deve representar contra junto à CtIDH, por uma ação de representação internacional.

Nesse interim, tem-se o caso emblemático de responsabilização internacional do Estado brasileiro por violação da Convenção IDH, o primeiro caso em que o Brasil foi denunciado, o caso Ximenes Lopes, a morte de Damião Ximenes Lopes, pessoa com deficiência mental em um hospital psiquiátrico foi tema de denúncia na Corte gerando desdobramentos a serem aplicados no direito interno.

Outro caso memorável é o RE 466.343, de Relatoria do Ministro Peluso, responsável por mudar o entendimento da Suprema Corte acerca da hierarquia dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos. Neste, denota-se tanto quanto no anterior, a relativização da soberania nacional, pois os postulados da CIDH sobrepuseram o direito civil brasileiro no caso que versa sobre prisão civil por dívida de depositário infiel.

4.1 RESPONSABILIZAÇÃO INTERNACIONAL NO CASO XIMENES LOPES X BRASIL

O caso em questão remonta a primeira vez que o Estado brasileiro foi responsabilizado internacionalmente pela jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, desde que a esta aderiu integralmente e por tempo indeterminado. A responsabilização internacional é instituto derivado diretamente da relativização da soberania, vez que permite que um Estado, soberano em seus limites, capaz de autodeterminar-se, submeta-se ao controle contencioso de um tribunal transnacional. (Taiar, 2009)

Vale destacar que essa submissão à jurisdição contenciosa da Corte deve ser formalizada por meio de adesão integral enviada para a Comissão e entronizada no ordenamento jurídico pátrio nos termos designados pela Constituição. No caso brasileiro, foi o Decreto nº 4.463/2002 responsável por ratificar, em sede de direito interno, a adesão do Brasil a jurisdição contenciosa da Corte, nos termos do art. 62 da CIDH, que prescreve (BRASIL, 2002):

Artigo 62

1. Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, **declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção.**

2. A declaração pode ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos. Deverá ser apresentada ao Secretário-Geral da Organização, que encaminhará cópias da mesma aos outros Estados membros da Organização e ao Secretário da Corte.

3. **A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como preveem os incisos anteriores, seja por convenção especial.** (grifo nosso)

Nesse sentido, no caso em análise, na qualidade de Estado-membro, o Brasil foi representado na Corte por infringir direitos garantidos na Convenção, tais como o direito à vida, a integridade pessoal, a proteção judicial e a garantias judiciais respectivamente do cidadão brasileiro Damião Ximenes Lopes, pessoa com

deficiência mental, morto enquanto internado em uma clínica psiquiátrica pertencente ao Sistema Único de Saúde – S.U.S. (CEIA, 2013).

No relatório ora analisado, disponível em sítio eletrônico da própria Corte (2006), a Comissão Interamericana aponta um agravante para o caso no que tange a proteção do direito dos vulneráveis, escancarando a precariedade na proteção dos direitos humanos por parte do aparato estatal brasileiro:

3. Acrescentou a Comissão que os fatos deste caso se veem agravados pela situação de vulnerabilidade em que se encontram as pessoas portadoras de deficiência mental, bem como pela especial obrigação do Estado de oferecer proteção às pessoas que se encontram sob o cuidado de centros de saúde que integram o Sistema Único de Saúde do Estado. A Comissão, por conseguinte, solicitou à Corte que ordene ao Estado a adoção de determinadas medidas de reparação citadas na demanda e o ressarcimento das custas e gastos.

No caso, Ximenes Lopes faleceu diante da precariedade das instalações do hospital psiquiátrico, bem como dos violentos ataques físicos sofridos durante sua hospitalização, além da morosidade do sistema de justiça inerte, mesmo diante das denúncias de maus tratos por ele sofridos.

Nesse interim, a Corte reconheceu a responsabilidade do Estado diante das patentes violações humanitárias e condenou, unanimemente, o Brasil a reparar os danos causados. Ceia (2013) sintetiza o conteúdo da sentença que perpassa quatro pontos: garantir a celeridade da justiça para investigar e sancionar os responsáveis pela tortura e morte; continuar a desenvolver um programa de formação e capacitação para os profissionais vinculados ao atendimento de saúde mental; pagar indenização como medida de reparação à família; e publicar a sentença no Diário Oficial.

É mister destacar a força contenciosa da CtIDH, uma vez que o Estado-membro se dispõe a aderir aos postulados da Corte, este é compelido a cumprir as sentenças proveniente das ações de responsabilização internacional. *In casu*, o Brasil imediatamente cumpriu parcialmente os deveres impostos pela condenação, publicou a sentença em diário oficial e indenizou a família de Ximenes Lopes pelas violações de direitos (CEIA, 2013).

Como bem destaca Ceia (2013) em seu estudo sobre o caso, o não cumprimento total da sentença pelo Estado brasileiro manteve aberta na Corte resolução que responsabiliza o Brasil, como violador da CIDH, por não ter resolvido em tempo hábil a responsabilização penal dos envolvidos no caso (art. 8º CIDH), além de não ter desenvolvido, no âmbito do sistema brasileiro de saúde, políticas públicas de formação integral de profissionais que atuam diretamente com saúde mental.

Foi só após 17 anos da prolação da sentença que o Brasil definitivamente cumpriu todas as sanções impostas pela Corte. Além disso, o Ministério da Saúde lançou, no corrente ano, o curso permanente de direitos humanos e saúde mental, destinado à formação permanente dos médicos da rede pública. Não obstante, cita-se a iniciativa do Conselho Nacional de Justiça que instituiu política judiciária com perspectiva antimanicomial, tendo originado a Resolução nº 487/2023, marco paradigmático na incorporação dos parâmetros internacionais sobre saúde mental.

Sendo assim, essas ações resultaram no encerramento do caso Ximenes Lopes x Brasil no âmbito da CIDH. Ressalta-se a força das resoluções da Corte e da Comissão no avanço de políticas públicas que protejam e promovam direitos humanos, porque somente através da responsabilização internacional o Estado brasileiro é que se pode observar e reparar as deficiências políticas e judiciais no que tange aos direitos e garantias fundamentais (PIOVESAN, 2017).

4.2 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – RECURSO EXTRAORDINÁRIO 466.343 DE 2008

A aplicação da Convenção IDH não é feita somente em sede de direito internacional, por meio da Corte IDH, mas também em âmbito interno por meio do Supremo Tribunal Federal, que deve fazer a correta aplicação do tratado no ordenamento jurídico brasileiro, no exercício de sua prerrogativa constitucional de guarda da Constituição, conforme preceitua o art. 102, *caput*, do texto constitucional.

Nesse interim, a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 foi preponderante para estabelecer a hierarquia constitucional dos tratados internacionais que versam sobre Direitos Humanos no ordenamento jurídico pátrio como já pontuado neste estudo,

divergindo do posicionamento do STF à época, que entendia os tratados internacionais como lei ordinária.

Ato contínuo, o julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343 de 2008 tem especial importância na mudança de entendimento da Corte quanto à hierarquia dos tratados sobre direitos humanos firmados antes da Emenda Constitucional nº 45, firmando o entendimento no sentido de que estes teriam caráter superlegal, se sobrepondo, portanto, às normas infraconstitucionais.

Na lide em questão, foi aplicado entendimento da Convenção IDH (art. 7º, nº 7) em detrimento de dispositivo constitucional (art. 5º, inciso LXVII) e do Código Civil (art. 652), no que tange a prisão civil do depositário infiel.

Ao debater sobre o tema, o relator Ministro Cezar Peluso não se ateve à temática da aplicação dos tratados internacionais sobre a legislação pátria. Ele citou voto do Ministro Sepúlveda Pertence no HC nº 72.131 (outro julgado paradigmático no que tange à suprallegalidade dos tratados internacionais), de modo a aplicar, mesmo que indiretamente, interpretação constitucional mais propensa a proteção integral dos direitos e garantias fundamentais (BRASIL, 2008, p. 1131):

Afasto a fascinante discussão sobre o Pacto de São José de Costa Rica: não preciso dela para o meu convencimento. E manifesto que a Constituição excetuou, da proibição de prisão por dívida, a prisão do inadimplente de obrigação alimentar e a do depositário infiel. A extensão dessa norma de exceção, não o contesto, pode sofrer mutações ditadas do legislador ordinário e até por Tratado. Mas, também me parece, ninguém discordará, em tese, de que, ao concretizar os seus termos - isto é, os conceitos de obrigação alimentar ou de depositário infiel - o legislador não pode, mediante ficções ou equiparações, ampliar arbitrariamente o texto constitucional, além da opção constituinte nele traduzida. E esta há de ser aferida à base da Constituição e de suas inspirações. Não, à base da lei. Em outras palavras, a admissibilidade, segundo a Constituição, da prisão por dívida de alimentos e da prisão do depositário infiel não é cheque em branco passado ao legislador ordinário.

Nesse interim, o voto do então presidente do STF, o Ministro Gilmar Mendes, é uma aula magna acerca do tema, pois faz descrição muito completa das teses de incorporação dos tratados internacionais, com ênfase naquelas que julga mais coerente com o espírito da Constituição Federal de 1988: a posição exaustivamente descrita neste estudo, de Piovesan e Cançado Trindade, que defende o caráter

constitucional dos tratados internacionais de Direitos Humanos e a posição que passaria a ser a da Corte a partir deste julgado, a da suprallegalidade dos tratados.

O Ministro disserta sobre a tese da constitucionalização dos tratados, da qual Cançado Trindade e Piovesan são arautos, trazendo à baila a coerência desse posicionamento doutrinário e o alinhamento deste pensamento com o do legislador originário. Contudo, aponta que, por mais que fosse essa a vontade do legislador constituinte de 1988, não foi traduzida em mandamento constitucional claro esta vontade (BRASIL, 2008).

Ainda, Gilmar Mendes destaca que os constituintes argentinos e venezuelanos, influenciados tanto quanto os constituintes brasileiros pela *Ius Constitutione commune* resultante do Pacto de São José da Costa Rica, como descreve Piovesan (2017), foram mais claros ao fazer constar nos respectivos diplomas constitucionais dispositivos que integram tratados sobre direitos humanos à constituição (BRASIL, 2008).

Todavia, o Ministro Presidente sintetiza o posicionamento atual do Tribunal ao explicar que, por mais que a tese da constitucionalidade dos tratados seja pertinente, ela foi esvaziada pelo texto que deu origem ao §3º do art. 5º da Constituição de 1988, a emenda nº 45 de 2004 (BRASIL, 2008, p. 1144):

Apesar da interessante argumentação proposta por essa tese, parece que a **discussão em torno do status constitucional dos tratados de direitos humanos foi, de certa forma, esvaziada pela promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, a Reforma do Judiciário** (oriunda do Projeto de Emenda Constitucional nº 29/2000), a qual trouxe como um de seus estandartes a incorporação do § 3º ao art. 5º, com a seguinte disciplina: "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Em termos práticos, trata-se de uma declaração eloquente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais.

O voto continua no sentido de explicar a nova posição da corte, entendendo que a suprallegalidade dos tratados anteriores a Emenda nº 45/2004 é o caminho

hermenêutico constitucional mais adequado, de modo a observar a necessidade de aplicar, de maneira integral e sem reservas, os postulados da Convenção Interamericana de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro (BRASIL, 2008, p. 1144):

Não se pode negar, por outro lado, que a reforma também acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico. Em outros termos, solucionando a questão para o futuro - em que os tratados de direitos humanos, para ingressarem no ordenamento jurídico na qualidade de emendas constitucionais, terão que ser aprovados em quórum especial nas duas Casas do Congresso Nacional -, **a mudança constitucional ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados e convenções internacionais já ratificados pelo Brasil, a qual tem sido preconizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde o remoto julgamento do RE nº 80.004/SE.**

Outrossim, a pertinência temática deste estudo vai além da discussão no que tange a entronização dos tratados no ordenamento pátrio, mas busca entender os fenômenos da relativização da soberania que possibilita a aplicação de tratados internacionais no âmbito jurídico interno.

Nesse sentido o voto de Gilmar Mendes também é bem didático, pois explica que a necessidade de aplicação do art. 7º, nº 7 da CIDH sobre a legislação constitucional e infraconstitucional acerca da prisão civil do depositário infiel deve ser entendida enquanto modernização de nosso constitucionalismo, dada a cada vez mais constante abertura de nosso ordenamento jurídico para a ordens jurídicas transnacional de direitos humanos.

O Ministro apresenta o conceito de “Estado Constitucional Cooperativo” do renomado constitucionalista alemão Peter Häberle (2003) que é exatamente a abertura do Estado e de seu ornamento jurídico, que não se fecha unicamente para seus interesses e problema, mas abre-se e colabora com os Estados vizinhos, de modo a construir uma comunidade de proteção no âmbito dos direitos humano. Trata-se do que neste estudo nominamos relativização da soberania. Diante disso, Gilmar Mendes apresenta a necessidade da aplicação de normas transnacionais de direitos humanos no contexto desde Estado Constitucional Cooperativo (BRASIL, 2008, p. 1149):

Nesse contexto, mesmo conscientes de que os motivos que conduzem à concepção de um Estado Constitucional Cooperativo são complexos, é preciso reconhecer os aspectos sociológico-econômico e ideal-moral como os mais evidentes. E no que se refere ao aspecto ideal-moral, não se pode deixar de considerar a proteção aos direitos humanos como a fórmula mais concreta de que dispõe o sistema constitucional, a exigir dos atores da vida sócio-política do Estado uma contribuição positiva para a máxima eficácia das normas das Constituições modernas que protegem a cooperação internacional amistosa como princípio vetor das relações entre os Estados Nacionais e a proteção dos direitos humanos como corolário da própria garantia da dignidade da pessoa humana.

Na esteira deste pensamento, o Ministro faz um apanhado da modernização das Constituições mundo a fora, no sentido de garantir a aplicação do direito transnacional, sobretudo no contexto europeu.

É este o panorama que dá substrato para a decisão emblemática neste Recurso Extraordinário que possibilitou ao STF a partir de então enxergar os tratados internacionais de direitos humanos anteriores a emenda nº 45/2004 com caráter supralegal, permitindo a aplicação dos postulados de direitos humanos advindos de pactos internacionais sejam aplicados em casos concretos a eles atinentes em sede de direito interno.

CONCLUSÃO

A relativização da soberania na proteção dos direitos humanos é um tema de extrema relevância no cenário global contemporâneo. Nesse contexto, muitos foram os avanços quanto à conscientização jurídica dos Estados acerca da tarefa de promover e proteger os direitos e garantias fundamentais.

Diante disso, Fabríz (2007, p. 29) afirma que “o respeito aos Direitos Humanos, torna-se imprescindível na concretização de um sistema jurídico adequado às reais necessidades dos cidadãos”.

Do mesmo modo, há o que se comemorar no que tange aos avanços das noções de direito internacional público, que em entendimento doutrinário mais moderno passaram a enxergar os indivíduos como sujeitos de direito na ordem jurídica internacional, o que possibilita um olhar mais próximo na proteção e promoção humanitária.

No presente estudo, foram exploradas as dinâmicas que envolvem o respeito à soberania estatal, sua relevância ao longo da história, a aplicação do conceito no constitucionalismo brasileiro e a necessidade de formar, a partir de uma visão transnacional do direito, uma rede de proteção e promoção dos direitos humanos em um mundo interconectado e interdependente.

Ao longo da pesquisa, examinou-se diversas perspectivas, teorias e abordagens que contribuem para o debate sobre a relativização da soberania, com foco nos desafios que surgiram/surgem quando os direitos humanos e garantias fundamentais são colocados em contraposição com a autodeterminação dos povos.

Nesse panorama, foi observada a complexidade sul americana acerca do entendimento de que a relativização da soberania constitui um mecanismo de ajuda ao aparato humanitário estatal e não uma deslegitimação do papel garantidor do Estado, nem um enfraquecimento da autodeterminação como entende o jurista brasileiro Ives Gandra (2000).

Acerca do tema, Martins e Fabriz (2020) asseguram que é inegável o fato de que, sozinho, o Estado não é capaz de assegurar todos os direitos positivados em sua ordem jurídica.

Nesse sentido, portanto, a Convenção Interamericana de Direito Humanos influenciou fortemente a vida dos países latino americanos – e continua a influenciar no sentido de formar uma ideia comum de proteção constitucional de direitos humanos, a partir de mecanismos que integram o direito internacional público e a ordem jurídica constitucional.

Assim, é evidente claro que, embora a soberania continue a ser um princípio fundamental do Estado, ela não deve ser entendida como um escudo para violações dos direitos humanos. Ao contrário disso, a comunidade internacional tem a responsabilidade de promover e proteger tais direitos.

Desse modo, meio eficaz de exercer este papel é a jurisdição contenciosa dos tribunais humanitários continentais, que como analisado, em casos extremos, são capazes de intervir em situações de abuso flagrante.

Não obstante à jurisdição contenciosa, a partir da análise acerca da entronização dos tratados internacionais de direitos humanos enquanto mecanismo constitucional da relativização da soberania, concluiu-se que essa relativização, no contexto da proteção dos direitos humanos, é um conceito que, apesar de não ser novo, é complexo e exige uma abordagem cuidadosa e equilibrada.

Nos casos práticos analisados, a relativização da soberania possibilitou a proteção de um direito humano, no caso do RE nº 466.343, consagrado na CIDH, além de alterar a mudança do entendimento do SFT acerca dos tratados internacionais de direitos humanos, possibilitando que o Estado amplie sua rede de proteção e promoção de direitos e garantias, atendendo o desejo do legislador originário.

Semelhantemente, no caso Ximenes Lopes, onde a relativização da soberania fica patente, foi possível perceber que a responsabilização internacional possibilitou o avanço, mesmo que moroso, de políticas públicas de formação permanente em saúde

mental na rede pública, além de resoluções atinentes a políticas judiciárias que buscam atendimento mais humanitário em hospitais psiquiátricos, ações que afetarão milhares de cidadão brasileiros impedindo que mais direitos e garantias sejam violados a longo prazo.

Portanto, a relativização da soberania na aplicação de tratados internacionais sobre direitos humanos, no âmbito da ordem constitucional de 1988 deve ser entendida como uma excelente inovação jurídica desta constituição que possibilita ao país estar na rota da promoção e proteção internacional dos direitos humanos, vendo os sistemas comunitários de direitos humanos auxílio eficaz na missão dirigir as complexidades humanitárias internas e regionais.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui. **Discurso no Colégio Anchieta**. Fundação Casa de Rui Barbosa: Rio de Janeiro, 1981. Disponível em: <https://sites.icmc.usp.br/andcarva/rb.pdf>. Acesso em 10 set 2023.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. 7 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, 1 v.

BODIN, Jean; TOOLEY, M. J. **Six Books of the Commonwealth**. Oxford: Seven Treasures Publications, 2009. Disponível em: https://www.yorku.ca/comninel/courses/3020pdf/six_books.pdf. Acesso em 30 set 2023.

BONFÁ, Rogério Luis Giampietro. **As expulsões de estrangeiros e a defesa da soberania nacional na Primeira República brasileira (1891-1926)**. Revista História Social, [S. l.], n. 16, p. 63–85, 2023. DOI: 10.53000/hs.vi16.234. Disponível em: <https://ojs.ifch.unicamp.br/index.php/rhs/article/view/234>. Acesso em: 30 set 2023.

BONAVIDES, Paulo et al. **Ciência política**. Editora Forense, 1976.

BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Império do Brasil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em 10 out 2023.

BRASIL. [Constituição (1891)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em 10 out 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 10 out 2023.

BRASIL. **Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945**. Promulga a Carta das ações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em: 30 set. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Diário Oficial da União, 9 nov. 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 20 set 2023.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004.** Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 31 dez. 2004. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 30 set 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n. 466.343-1/SP.** Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso. Diário da Justiça Eletrônico, 5 jun. 2009b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 15 out. 2023.

CEIA, Eleonora Mesquita. A Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o desenvolvimento da proteção dos Direitos Humanos no Brasil. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 61, p. 113-152, jan.-fev.-mar, 2013. Disponível em: https://patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2014/08/PM_Corte-IDH-jurisprudencia-e-o-Brasil.pdf. Acesso em: 20 set 2023.

Corte IDH. **Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil.** Sentença de 4 de julho de 2006. Série C No. 149. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf. Acesso em 20 set. 2023.

DA COSTA, Marta Nunes. Origens do conceito de soberania - diálogo entre Bodin e Althusius. **Revista de Filosofia Moderna e Contemporânea**, v. 2, n. 2, p. 70-79, 2014. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/fmc/article/view/12476>. Acesso em: 20 set. 2023.

DA CUNHA, Paulo Ferreira. Do constitucionalismo brasileiro: uma introdução histórica (1824-1988). **Revista História Constitucional**, n. 8, 9. 263-271, 2007. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/2590/259027578011.pdf>. Acesso em: 30 set. 2023.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado.** São Paulo, Editora Saraiva, 2011.

DE MARIANA, Juan. **Del Rey y de la institución de la dignidad real**. Madrid: Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, 1845.

FABRIZ, Daury Cesar. Cidadania, democracia e acesso à justiça. **Panóptica**, Vitória, v. 2, n. 1, p. 01-36, jan. 2007. Disponível em: <http://191.252.194.60:8080/handle/fdv/663>. Acesso em: 30 set. 2023.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito Constitucional Comparado: o Poder Constituinte**. São Paulo: Bushatsky/EDUSP, 1974.

HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2003.

JANKE, Leandro Macedo. **Território, Nação e Soberania no Império do Brasil**. XXVI Simpósio Nacional de História-ANPUH, v. 50, 2011. Disponível em: https://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1308158246_ARQUIVO_Leandro_Macedo_Janke_ANPUH_2011.pdf. Acesso em: 15 set 2023.

JURT, Joseph. O Brasil: um Estado-nação a ser construído. O papel dos símbolos nacionais, do Império à República. **Mana**, v. 18, 2012. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-93132012000300003>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/mana/a/x47K6TgqwfrZ5CgPrPJdykk/?lang=pt>. Acesso em: 30 set. 2023.

KRITSCH, Raquel. **Soberania: a construção de um conceito**. 2000. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2000.

LASCALA, Maria Carolina Florentino. A relativização da soberania em prol dos direitos humanos. **Revista do Direito Público**, [S. l.], v. 6, n. 2, p. 87–102, 2011. DOI: 10.5433/1980-511X.2011v6n2p87. Disponível em: <https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/8780>. Acesso em: 20 set. 2023.

LYNCH, Christian Edward Cyril. O discurso político monarquiano e a recepção do conceito de Poder Moderador no Brasil (1822-1824). **Revista Dados**, Rio de Janeiro, v. 48, n. 3, p. 612, 2005. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0011-52582005000300006>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/dados/a/Bxy5MfrvkytCrSgVcS46DvD/?lang=pt>. Acesso em: 30 set. 2023.

MARTINS, Francisca Jeane Pereira da Silva; FABRIZ, Daury Cesar. Manutenção do pagamento do salário da trabalhadora vítima de violência doméstica e familiar: Análise à luz das normas internacionais de prevenção à violência contra a mulher. In:

BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo; TRAMONTINA, Robison; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Direitos fundamentais e democracia**. Vitória: FDV publicações, 2020, p. 410-411. Disponível em: <http://repositorio.fdv.br:8080/bitstream/fdv/945/1/Livro%20Direitos%20Fundamentais%20e%20Democracia%20web%20-%20vers%C3%A3o%20final.pdf>. Acesso em: 30 set. 2023

MARTINS, Ives Gandra. Soberania Nacional e Autodeterminação dos povos. São Paulo, 2000.

MOREIRA, Nelson Camatta. A ambivalência dos direitos fundamentais no Estado democrático de direito. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, [S. l.], v. 19, n. 2, p. 7–10, 2018. DOI: 10.18759/rdgf.v19i2.1687. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1687>. Acesso em: 10 out. 2023.

MOREIRA, Nelson Camatta. A Função Simbólica Dos Direitos Fundamentais. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 2, jan./dez. 2007. DOI: <https://doi.org/10.18759/rdgf.v0i2.45>. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/issue/view/10>. Acesso em 30 set. 2023.

OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de; FERRER, Catharina Martinez Heinrich; MAZIN, Marcelo. A Relativização da soberania: Prenúncio de um novo contrato social no plano internacional. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 21, n. 2, Maringá, 2021, p. 535.

PAUPÉRIO, A. Machado. **O conceito polêmico de soberania**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1958.

PEREIRA, Aline Pinto. **A monarquia constitucional representativa e o locus da soberania no Primeiro Reinado**: Executivo versus Legislativo no contexto da Guerra da Cisplatina e da formação do Estado no Brasil. Tese (Doutorado em História Social) – Universidade Federal Fluminense. 2012. Disponível em: <https://www.historia.uff.br/stricto/td/1390.pdf>. Acesso em: 30 set. 2023.

PEREIRA, Manoel Francisco Pinto. **Nationum de Potestate Suprema**. São Paulo: Secção de Obras de O Estado de São Paulo, 1919.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. Rio de Janeiro: Saraiva Educação, 2012.

PIOVESAN, Flávia. *Ius constitutionale commune latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios*. **Revista Direito e Práxis**, v. 8, p. 1356-1388, 2017. DOI: <https://doi.org/10.12957/dep.2017.28029>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/dLhPxzDmJDTcczFVTdhSwJN/?lang=pt>. Acesso em: 30 set. 2023.

PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma. **Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global**, [S. l.], v. 3, n. 1, p. 76–101, 2014. DOI: 10.5902/2316305416282. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/REDESG/article/view/16282>. Acesso em: 10 nov. 2023. Acesso em: 30 set. 2023.

RIBEIRO, Gustavo Cezar. **Modos da soberania e a questão do poder na teoria política contemporânea**. Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2014.

SEABRA, Robert de Alcântara Araripe; MAIA, Clarissa Fonseca; PALACIOS, Mario Henryke Guerrero. A constituição e a supralegalidade de tratados internacionais de direitos humanos no Brasil: uma análise crítica das causas, juridicidade e consequências. *Constituição, Economia e Desenvolvimento*: **Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, v. 3, n. 5, p. 274-302, 2011.

STRAUS, Flávio Augusto Saraiva. **Soberania e Integração Latino-Americana – Uma Perspectiva Constitucional do Mercosul**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

TAIAR, Rogerio. **Direito internacional dos direitos humanos: uma discussão sobre a relativização da soberania face à efetivação da proteção internacional dos direitos humanos**. 2009. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo.

The Washigton Post. **E.U. to suspend visa agreement with Russia, but not ban Russian tourists**. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/world/2022/08/31/eu-suspend-visa-agreement-russia/>. Acesso em: 23 mai. 2023.

TOLEDO, André de Paiva; BIZAWU, Kiwonghi. O Brasil em São José da Costa Rica: 20 anos de reconhecimento da jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, v. 15, n. 33, p. 13-50, 2018.

TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 631.