

ANO I - NÚMERO 4 - JULHO/SETEMBRO DE 2002

BRASÍLIA/DF

A GRAMÁTICA DOS DIREITOS HUMANOS*

*Oscar Vilhena Vieira***

Sumário: 1. Introdução. 2. O que significa ter um direito? 3. O papel dos direitos. 4. Prevalência dos direitos. 5. Fundamentos filosóficos dos direitos humanos. 6. Crítica à idéia de direitos humanos. 7. A erosão dos direitos humanos. 8. Direitos humanos no mundo contemporâneo. Uma análise normativa. 9. Conclusão.

1. Introdução

Durante décadas o Brasil ficou à margem do sistema internacional de direitos humanos. Com o início da redemocratização, nos anos 80, vários tratados foram firmados. Nos anos 90 muitos destes tratados foram finalmente ratificados. Dentre os diversos instrumentos, dos quais o Brasil se tornou parte, o Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, é certamente um dos mais significativos. Neste ano comemoramos dez anos de engajamento na sistemática interamericana de direitos humanos. Hoje, dezenas de casos brasileiros estão sendo apreciados pelos seus mecanismos de monitoramento, servindo como ações paradigmáticas, que certamente implicarão um maior respeito pelos direitos humanos em nosso País.

O objetivo deste texto, entretanto, não é refletir sobre esta experiência específica, mas sim apresentar uma visão panorâmica sobre o universo dos direitos humanos, do qual o sistema interamericano constitui uma engrenagem tão relevante.

2. O que significa ter um direito?

Embora todos os dias falemos sobre direitos parece ser mais fácil compreender o que é ter um objeto ou poder criticar o governo livremente, do que é ter um direito à propriedade ou à liberdade de expressão. O objeto nós podemos ver e pegar e criticar o governo, nós simplesmente criticamos, mas o direito é algo mais abstrato. Por outro lado, nós sabemos que as pessoas não podem pegar o que é nosso ou impedir a nossa crítica sem a nossa permissão ou sem uma excelente razão. Ou seja, as demais pessoas têm o dever de respeitar a nossa propriedade ou a nossa liberdade, porque estes são nossos direitos. Daí se dizer que ter um direito é ser beneficiário de deveres de outras pessoas ou do Estado.¹ Assim, se eu tenho o direito de

* Texto escrito em homenagem a André Franco Montoro.

** Oscar Vilhena Vieira é professor de Direito da PUC-SP, *master of laws* pela Universidade de Columbia, NY, doutor pela Universidade de São Paulo, secretário executivo do Ilanud e procurador do Estado.

¹ Esta é a formulação básica de David Lyons, a partir da obra de J. Bentham, *Rights, Claimants and Beneficiaries*, *American Philosophical Quarterly*, V. 6, n° 3, 1969, p. 173.

andar pelas ruas, conclui-se que as demais pessoas têm, por alguma razão, o dever de respeitar esse meu direito, não podendo restringir a minha liberdade. Se eu sou um deficiente físico, por exemplo, e as calçadas não têm rampas que permitam que me locomova com minha cadeira de rodas, alguém está deixando de cumprir o seu dever e, portanto, restringindo ou violando o meu direito. Se tenho direito à educação, isto justifica que alguém tenha uma obrigação, para comigo, de estabelecer escolas e bibliotecas, treinar e pagar professores, para que eu possa aprender. Se cada um de nós tem o direito de votar, estes votos devem ser levados em consideração na escolha dos que irão nos governar e, mais do que isto, significa que aqueles que foram eleitos têm uma obrigação de nos representar.

Temos direitos a coisas distintas, como à propriedade, à liberdade de expressão, ao voto, à educação ou à saúde, à prestação jurisdicional. Esses direitos podem aparecer formalmente como: direito-pretensão, liberdade, poder, ou imunidade, gerando, por sua vez, obrigações correlatas em terceiros, na forma de: dever, não-direito, sujeição e incompetência. Ou, seja²:

1. A tem um direito-pretensão a X, em relação a B, se, e somente se, B tem um dever de X em relação a A;

2. A tem uma liberdade a X, em relação a B, se, e somente se, B tem um não direito de que A deva X;

3. A tem um poder a X, em relação a B, se, e somente se, B está sujeito a que sua posição jurídica possa ser alterada por A, ao realizar X;

4. A tem uma imunidade a X, em relação a B, se, e somente se, B tem uma incompetência para alterar a posição de A em relação a X.

Portanto, para cada um desses direitos existirão distintas formas de deveres. Nesse sentido é muito difícil falar em direito sem imediatamente pensar em uma obrigação ou em um dever, que pode significar simplesmente o dever de se abster de uma determinada conduta (não torturar), como na obrigação de fazer algo (obrigação da polícia de investigar um caso de tortura).

Destaque-se, ainda, que para cada um desses direitos há distintas pessoas ou instituições que estarão obrigadas a respeitá-los. Há direitos que obrigam apenas uma pessoa, como os derivados de um contrato. Outros obrigam o Estado, como o direito à educação básica, expresso em nossa Constituição. Há direitos, por sua vez, que criam obrigações universais, ou seja, que obrigam a todas as pessoas e instituições. O direito a não ser torturado, como reconhecido por diversos instrumentos, entre os quais a Convenção Contra a Tortura, é um bom candidato a essa categoria.

3. O papel dos direitos

Os direitos, como hoje compreendidos, constituem uma formidável construção da modernidade, que está diretamente associada ao sentimento de que as pessoas não podem dispor de uma esfera de proteção, que assegure determinados valores ou interesses fundamentais.

A principal distinção entre a moderna linguagem dos direitos, que surge com as declarações e constituições do final do século 18, e os privilégios existentes no período medieval,

² Esse quadro constitui uma versão simplificada por John FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980, p. 199.

é a idéia de universalidade e reciprocidade intrinsecamente ligada aos direitos. Enquanto os privilégios constituem proteção de interesses de um determinado grupo ou classe, os direitos se apresentam como algo que deve a todos proteger. No mais os direitos tendem a estabelecer relações horizontais e de reciprocidade, em contrapartida com as relações verticais e hierarquizadas decorrentes de um universo regulado por privilégios. Evidente que essas características da gramática dos direitos se colocam num plano ideal, e muitas vezes o que chamamos de direitos funcionam na realidade como privilégios. No entanto, ainda no plano ideal, a adoção de um sistema de direitos permite o estabelecimento de relações de reciprocidade entre os diversos sujeitos, ou seja, permite a construção de um mundo fundado na igualdade entre os seres humanos.

A idéia kantiana de que “*toda a ação que por si mesma ou por sua máxima permite que a liberdade de cada indivíduo possa coexistir com a liberdade de todos os demais de acordo com uma lei universal é direito*”³ encontra na gramática dos direitos um instrumento indispensável a sua realização. O papel formal dos direitos de harmonizar e preservar uma esfera de interesses da pessoa também pode ser aceita, com ponderações, por alguns utilitaristas. A distinção básica se dará mais em função do fundamento último do sistema de direitos, do que em relação à sua função de mediação de relações de reciprocidade. Enquanto para Kant os direitos servem para preservar e realizar a autonomia, para Stuart Mill os direitos devem harmonizar interesses e não valores pretensamente intrínsecos. Mill renuncia à “(...) *idéia de direito abstrato, como algo independente da utilidade. Eu encaro a utilidade como última instância em todas as questões éticas (...) utilidade baseada nos interesses permanentes do homem(...)*”⁴. Nesse sentido, os direitos são instrumentos de realização de interesses e não de valores como a dignidade ou a autonomia.

Isto só é possível porque os direitos e o Direito (o chamado sistema jurídico) em si são criações voltadas a organizar ou a mediar relações entre pessoas. Neste sentido não seria incorreto dizer que os direitos são uma conseqüência do fato de as pessoas atribuírem umas às outras uma esfera de valores e decidirem, ainda que implicitamente, que isto deve ser respeitado, seja por uma razão ética ou utilitária. É desta relação de reciprocidade, onde nos vemos como pessoas dignas de direitos – na mesma medida que reconhecemos estes mesmos direitos às outras pessoas – que surge todo o sistema de direitos no sentido contemporâneo. Para alguns, é dessa mesma relação de reciprocidade que surge o próprio Direito enquanto sistema.⁵

Assim, o papel dos direitos é assegurar esferas de autonomia ou dignidade, para os kantianos, ou de interesses, para os utilitaristas, que permitam aos seres humanos se relacionar e conviver sem que essa liberdade ou que esses interesses se encontrem constantemente ameaçados pelas liberdades e interesses dos demais. Invocar valores ou interesses a partir da linguagem dos direitos significa reivindicar uma situação especial para esses valores ou interesses.

³ Kant, *The Metaphysics of Morals*, in H. REISS, Kant Political Writings, Cambridge University Press, Cambridge, 1970, p. 133.

⁴ MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*, Vozes, Petrópolis, 1991, p. 54.

⁵ Para esta inversão na proposição tradicionalmente reconhecida pela doutrina jurídica positivista, do qual os direitos subjetivos derivam do direito objetivo, ver Lon FULLER, *The Morality of Law*, Yale University Press, 1969.

4. Prevalência dos direitos

As pessoas que têm um direito encontram-se, normalmente, numa posição mais confortável em relação àqueles que têm obrigações. Como num jogo de baralho, onde há determinadas cartas que têm mais valor que as cartas dos adversários, a presença de direitos é um trunfo.⁶ Assim, quando numa discussão reivindicamos um interesse ou um valor que nos diz respeito, como a integridade física, que é protegida por um direito, esta reivindicação deve prevalecer sobre outros valores ou interesses que não são protegidos por direitos. Por exemplo: reduzir os gastos do Estado pode ser um objetivo ou um interesse legítimo do governo, mas isso não pode ser feito fechando escolas ou deixando de pagar professores, pois o governo tem um dever de prestar este serviço, o que decorre do direito que todas as crianças e jovens têm à educação. O mesmo exemplo poderia ser dado quanto ao objetivo de reduzir a criminalidade, que é uma meta mais do que desejável, mas isto não pode ser feito por intermédio da tortura ou da eliminação de suspeitos, pois todas as pessoas têm direito a sua integridade física e moral, portanto o Estado deve respeitá-las. Não se busca aqui argumentar que os direitos, em geral, sejam absolutos, que prevaleçam sobre todos os outros interesses; por outro lado deve-se destacar que muitas vezes os direitos encontram-se em tensão uns com os outros.

Cabe também destacar que a relação entre direitos e obrigações é mediada e não automática. Daí a adequação da proposição de Raz de que ter um direito significa ter uma boa justificativa, uma razão suficiente, para que outras pessoas estejam obrigadas, e portanto tenham deveres em relação àquela pessoa que tem um direito. Os direitos não geram obrigações diretas nas outras pessoas, mas razões para que as outras pessoas se encontrem obrigadas.⁷

Neste sentido um direito não se confunde com uma presunção absoluta, ou com a idéia de uma esfera intransponível e incompatível com as liberdades e direitos alheios. Se direitos só existem em sociedade⁸ e se pressupõem uma decisão da sociedade de preservar certos valores ou interesses por intermédio do meio legal, é fundamental que eles sejam em primeiro lugar capazes de se conciliar com direitos alheios e em segundo lugar compatibilizar-se com interesses coletivos, ainda que numa posição de superioridade presumida em relação a outros interesses da sociedade. Daí a importância de se compreender os direitos como uma razão ou como uma justificativa suficientemente importante para que os outros tenham o dever de respeitá-los.

Entender os direitos desta forma nos facilita compreender de que maneira os direitos se harmonizam entre si e com outros interesses legítimos existentes em uma sociedade. Num mundo onde existe uma profusão de valores e interesses e, por que não dizer, uma profusão de valores e interesses com presunção de legitimidade, somente alguns desses valores e interes-

⁶ Ronald DWORKIN, *Rights as Trumps*, in Jeremy WALDRON, *Theory of Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1984, p. 153.

⁷ De acordo com Raz “X tem um direito se, e somente se, X pode ter um direito, e, outras coisas sendo iguais, algum aspecto do bem-estar de X (seu interesse) é uma razão suficiente para manter uma outra pessoa a ela obrigada”; Joseph Raz, *The morality of freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986, p. 166.

⁸ Em oposição à idéia de direito de natureza em Hobbes, definido como “a liberdade que cada homem tem de usar o seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida; e conseqüentemente de fazer tudo aquilo que seu próprio julgamento e razão lhe indiquem como meios adequados para este fim.”, *Leviatã*, Victor CIVITA, São Paulo, Cap. XIV, 1983.

ses são reconhecidos como direitos. Desta forma, quando houver uma competição entre diversos valores e interesses, aqueles que forem protegidos por direitos têm uma boa razão para prevalecerem sobre os demais valores e interesses.

Mas mesmo valores e interesses protegidos como direitos muitas vezes podem ceder espaço para outros que se demonstram, numa determinada situação, mais relevantes. É só pensar nos limites que as democracias contemporâneas põem sobre o direito da propriedade. O direito à propriedade presume uma obrigação dos demais de respeito à propriedade, porém, razões como o bem-estar coletivo podem limitar seu uso e impor encargos à mesma. Num conflito entre valores e interesses, reivindicá-los, por intermédio da gramática dos direitos, significa estabelecer uma prioridade destes interesses e valores guardados por direitos sobre outros desprovidos de uma proteção especial.

Essa definição de direitos, além de nos auxiliar a compreender o papel dos direitos como fundamento para a ação individual e coletiva, também nos permite solucionar conflitos entre direitos. Se adotássemos uma definição mecânica, em que direitos impõem deveres diretamente, ficaria difícil explicar por que, na prática, muitas vezes os sujeitos de direitos vêem seus direitos legitimamente limitados pelos direitos dos outros. Se tenho direito à plena liberdade de expressão, como justificar que este direito possa ser restringido, se, pela minha definição mecânica, todas as outras pessoas se encontram obrigadas automaticamente a respeitar tal liberdade? Caso razões como a integridade moral de outras pessoas ou mesmo a segurança da coletividade possam ser legitimamente invocadas para restringir o meu direito à liberdade de expressão, a linguagem dos direitos como fonte geradora de deveres ficaria absolutamente destituída de sentido. Porém, se adotarmos uma definição de direito que não seja mecânica, mas que transforme as pretensões articuladas por intermédio da linguagem dos direitos em razões prioritárias, razões com pretensão de superioridade, então poderemos entender por que em face de outras razões também importantes, em determinadas circunstâncias, nossos direitos são algumas vezes obrigados a se conciliar com razões adversas.

Portanto, se é correto afirmar que o direito estabelece um conjunto de razões que cada um de nós deve levar em consideração, em conjunto com outras ordens de razões, antes de agir, deve-se ter em mente que as razões articuladas pelos direitos são sempre prioritárias, devendo se encontrar entre as primeiras a serem consideradas por cada um de nós antes de tomarmos uma decisão. Constituem, assim, razões a priori, que devem ter um peso maior do que o das demais razões.⁹

5. Fundamentos filosóficos dos direitos humanos

Quando associamos a expressão “humanos” à idéia de “direitos”, a presunção de superioridade, inerente aos direitos em geral, torna-se ainda mais peremptória, uma vez que esses direitos buscam proteger valores e interesses indispensáveis à realização da condição de humanidade de todas as pessoas. Agrega-se, assim, força ética à idéia de direitos, passando estes direitos a servir de veículos aos princípios de justiça de uma determinada sociedade.

⁹ Para uma definição do direito enquanto razão para agir, ver Joseph RAZ, *Practical reason and norms*, Princeton University Press, Princeton, 1990.

Numa definição preliminar os direitos humanos poderiam ser compreendidos como razões peremptórias, pois eticamente fundadas, para que outras pessoas ou instituições estejam obrigadas, e portanto tenham deveres em relação àquelas pessoas que reivindicam a proteção ou realização de valores, interesses e necessidades essenciais à realização da dignidade, reconhecidos como direitos humanos.

Alguns destes valores, interesses e necessidades, protegidos como direitos humanos, são tão relevantes que não seria incorreto afirmar que se sobrepõem às demais ordens de valores, interesses e necessidades. O direito de não ser torturado, por exemplo, se coloca como um obstáculo absoluto face aos interesses do Estado de descobrir um crime. A liberdade de religião também é uma vedação a que o Estado determine uma religião oficial. Porém, o exercício da liberdade religiosa não pode ser utilizado de forma a infringir a liberdade das outras pessoas. Daí a necessidade de conciliação entre direitos.

A grande dificuldade, que tem monopolizado os debates entre filósofos e teóricos do direito, pelo menos nestes últimos dois milênios, é saber que direitos são estes, que se sobrepõem aos demais interesses e valores, de onde eles vêm e se precisam de alguma forma de reconhecimento positivo para que possam existir.

Exemplo desta discussão sobre a origem dos direitos humanos pode ser encontrado desde a Grécia antiga, como na tragédia *Antígona*, de Sófocles.

Morto Polícines, irmão de Antígona, numa batalha contra o reino de Tebas, o rei Creonte baixa um édito determinando que o corpo do traidor fique insepulto, para ser devorado pelos cães e abutres. Revoltada, Antígona enterra o irmão. É presa pelos soldados do rei e levada a sua presença, que indaga: “Sabias que um édito proibía aquilo?” Antígona responde que “sabia. Como ignoraria? Era notório.” O rei então indaga: “Como ousastes desobedecer às leis?”, ao que Antígona por fim responde:

*Mas Zeus não foi o arauto delas para mim,
nem essas leis são as ditadas entre os homens pela Justiça...
e nem me pareceu
que tuas determinações tivessem força
para impor aos mortais até a obrigação
de transgredir normas divinas, não escritas,
inevitáveis; não é de hoje, não é de ontem,
é desde os tempos mais remotos que elas vigem,
sem que ninguém possa dizer quando surgiram.*

A resposta de Antígona, além de corajosa, tem um profundo sentido crítico, pois questiona, de forma veemente, a idéia de que é direito tudo aquilo que é colocado pelo poder constituído, limitando o fenômeno jurídico a uma mera expressão do poder, a uma questão de fato. Na linguagem de Kant, “uma teoria empírica pura do direito” que reduza o direito ao fato social, “como a cabeça de madeira na fábula de Fedrus, pode ter uma bela aparência, mas não irá infelizmente conter cérebro.”¹⁰

¹⁰ Kant, ob. cit., p. 132.

Porém, ao buscar dar outro fundamento de validade ao direito, que não o poder, Antígona vacila entre a transcendência divina e a Justiça, que também é uma deusa. Ao fundar os direitos na autoridade divina e colocá-los como entidades atemporais, Antígona pressupõe a crença e a própria existência de deuses. Muito embora este tipo de argumento tenha sido aceito por um longo período da história, principalmente durante aquele período em que prevaleceu no Ocidente o domínio quase que absoluto do cristianismo, este direito de origem divina perde o seu principal suporte numa sociedade dominada pelo racionalismo.

Com o fim da hegemonia cristã, há uma ruptura dos paradigmas de verdade impostos pelo pensamento dogmático. E com isto a idéia de direitos naturais decorrentes de Deus perde a sua sustentação. Já no Renascimento o pensamento de base cristã começa a ser desafiado. Os fundamentos do poder e da própria arte, que estavam diretamente submetidos ao domínio cultural da Igreja, começam a se esgarçar. Basta para isto ter em mente as figuras e as obras de Michelangelo e Maquiavel. O que une o gênio da arte ao criador da ciência política moderna é a capacidade destes dois homens, não apenas de se libertar dos paradigmas dominantes nas suas esferas de ação, mas de reencontrar o humano, separando-o do religioso. Se compararmos a arte pré-renascentista com as pinturas e esculturas produzidas por Michelangelo, podemos perceber que seus personagens são homens e mulheres que não são feitos à imagem e semelhança de um deus idealizado, mas são o resultado da sobreposição de tecidos, músculos e veias e que têm um movimento que resulta de uma vontade estritamente humana. Era o homem de carne e osso que o interessava. Basta pensar em seu Moisés, na escultura do escravo em fuga, ou mesmo no deus da capela Sistina, para reencontrarmos o humano, mesmo nas figuras divinas.

Da mesma forma Maquiavel, em *O Príncipe*, nada mais fez do que desvendar o poder. Assim como Michelangelo, ao descrever o modo como o Príncipe conquista e se mantém no poder, Maquiavel está dissecando o seu objeto de análise. Afastando as visões religiosas que fundamentavam o poder e buscando demonstrar a forma pela qual esse poder é efetivamente exercido. Como salientou o insuspeito Rousseau, ao dar lições ao Príncipe, sobre como alcançar o poder, Maquiavel estava na realidade demonstrando ao povo a forma pela qual o poder é sobre ele exercido. Qualquer que tenha sido a intenção de Maquiavel o fato é que ele nos demonstrou que o poder do Estado e a legitimidade dos reis não decorrem da vontade divina ou mesmo da tradição, senão da ação humana.

Neste contexto os jusnaturalistas modernos, Hobbes e especialmente Locke, irão fundar o direito não mais numa entidade transcendente, mas na razão humana. Utilizando-se da abstração do contrato, especialmente Locke, aponta que se seres racionais fossem submetidos a uma situação de natureza, ou seja, a ausência do Estado, certamente eles acordariam em criar uma entidade voltada a regular a vida em sociedade, desde que limitada pelo direito.¹¹ A criação do Estado e do direito, assim, passa a ser compreendida como resultante da vontade humana. Evidente que nenhum destes autores seria ingênuo o suficiente para acreditar que o estado de natureza tenha realmente existido. Mas a utilização desta abstração serve para demonstrar como a razão funcionaria caso ela fosse consultada, no vazio de instituições e

¹¹ LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo*. São Paulo: Nova Cultural, 1991. Parágrafo 95 e ss.

outras condições que limitam a sua liberdade.

A grande diferença entre Hobbes e Locke é o modo como cada um destes autores descreve o ser humano. Dotados de menos qualidades morais, os indivíduos hobbesianos viveriam num estado de guerra de todos contra todos, que para ser pacificado exigiria um Estado forte. Já os indivíduos descritos por Locke, que no estado de natureza sabem diferenciar o justo do injusto, mas não têm quem resolva um conflito de modo imparcial quando este aparecer, vivendo num mundo precário, optariam pelo seu ser aperfeiçoamento, através da criação de uma entidade imparcial, que auxiliasse no bom relacionamento entre os indivíduos.¹²

O que importa, para efeito desse ensaio, é que para ambos os autores será a razão que ditará qual o fundamento último do direito. Como explicita Locke, “*o estado de natureza tem uma lei de natureza para governá-lo, que a todos obriga; e a razão, que é essa lei, ensina a todos os homens que a consultem, sendo todos iguais e independentes, que nenhum deles deve prejudicar a outrem na vida...*”¹³

Da mesma forma Kant colocará a razão como ponto central sobre sua reflexão sobre direitos. Para eles as leis da natureza não constituem algo inerente à natureza, “*mas construções da mente utilizadas para o propósito de entender a natureza*”.¹⁴ O estabelecimento de regras éticas não deriva da experiência, mas de proposições lógicas a priori, que possam ser adotadas como lei universal. Esses imperativos categóricos, na linguagem de Kant, são juízos formais, que não estipulam o conteúdo dos direitos, mas a fórmula pela qual a razão humana pode descrever esferas recíprocas de autonomia para os indivíduos.

O que importa para Kant é o estabelecimento de uma lei necessária para todos os seres racionais para que estes possam julgar as suas ações “*segundo máximas tais que possam os mesmos querer que elas devam servir como leis universais*.”¹⁵ Tomando os “homens com fins em si mesmos” e obedecendo a máximas construídas livremente e que possam ser universalizáveis, estaremos construindo racionalmente a esfera ética, na qual se insere o direito. Conforme Kant, o “*direito é portanto a soma total dessas condições dentro das quais a vontade de uma pessoa possa ser reconciliada com a vontade de outra pessoa de acordo com a lei universal da liberdade*”.¹⁶ No sentido kantiano, os direitos são fruto dessa razão ética, daí não deverem ser confundidos com direitos transcendentais no sentido religioso, mas como construção humana, como uma decorrência do processo de emancipação da humanidade, em que os homens se utilizam do direito como instrumento de realização da liberdade ao mesmo tempo em que serve de auto-limitação dos interesses.

Esse racionalismo levado à prática impõe necessariamente que o direito seja fruto da vontade humana, como pretendia Rousseau. “*Já que nenhum homem tem autoridade sobre seu semelhante, e uma vez que a força não produz direito algum, restam então as convenções como base de toda a autoridade legítima entre os homens*.”¹⁷ Sendo todos os

¹² Idem, parágrafo 6.

¹³ Idem, *ibidem*.

¹⁴ Reiss, *ob. cit.*, p. 17.

¹⁵ Kant, *Fundamentos da Metafísica dos Costumes*, Ediouro, Rio de Janeiro, 1996, p. 76

¹⁶ Kant, in Reiss, *ob. cit.*, p. 133.

¹⁷ Rousseau, *O Contrato Social*, Martins Fontes, São Paulo, 1996, L. I cap. IV.

homens iguais, ou seja, tendo o mesmo valor moral, para que se justifique uma regra que vincule a conduta de todos, é fundamental que todos participem de sua formulação. Desta forma passamos de um jusnaturalismo substantivo, comprometido com os conteúdos dos direitos que deveriam ser protegidos, para um jusnaturalismo racional ou formal, que se concentra na construção de procedimentos racionais que favoreçam a produção de decisões justas. Deve-se destacar, no entanto, que em nenhum momento esses autores abrem mão da idéia de dignidade humana. Pois é a igualdade e o valor moral atribuído a todos que justificam a idéia de contrato social ou o estabelecimento de leis universais.

As Revoluções Francesa e Americanas, assim como as declarações e constituições que delas derivam, são fruto dessa idéia de um homem racional, emancipado e livre para decidir seu próprio destino. Ao redigir a Declaração de Direitos de Virgínia, de 1776, logo após a ruptura dos laços com a metrópole, Jefferson acolhe a argumentação dos jusnaturalistas ao afirmar que *“todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes e têm certos direitos inatos de que, quando entram no estado de sociedade não podem, por nenhuma forma, privar ou despojar a sua posteridade, nomeadamente o gozo da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade e procurar e obter felicidade e segurança.”*¹⁸ Da mesma forma, os franceses ao redigirem a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, estabeleceram que todos *“os homens nascem e são livres e iguais”* e que o fim de toda a *“associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem”*¹⁹, numa clara sintonia com a idéia de direitos como fruto da razão, declarada por intermédio da lei, expressão da vontade geral rousseauiana.

O Estado e os direitos são, assim, obras humanas que têm por única finalidade a preservação da esfera de dignidade das pessoas. Apesar de Jefferson se utilizar da idéia de direitos inatos, que se encontram em estado de natureza, trata-se de uma utilização retórica, que esconde uma construção ética. Evidente que os homens não são iguais, como afirmado por Jefferson, do ponto de vista de sua riqueza, poder, complexão, física, inteligência, etc., mas sim do ponto de vista moral. Como destaca Habermas, os direitos básicos não são uma dádiva transcendente, mas uma conseqüência da decisão recíproca dos cidadãos iguais e livres de *“legitimamente regular suas vidas em comum por intermédio do direito positivo”*.²⁰ O contrato social é uma metáfora dessa decisão, assim como os momentos constituintes, em que se declaram direitos, são tentativas de dar concretude aos ideais de autonomia; do livre estabelecimento das leis sob as quais a comunidade pretende viver.

6. Crítica à idéia de direitos humanos

Essa razão abstrata será, no entanto, intensamente criticada por autores conservadores como Edmund Burke e mesmo por progressistas como Hume, Bentham e Marx. Para Burke, as instituições decorriam de um longo processo de sedimentação histórica. O direito era algo que se herdava das gerações anteriores, a partir de um processo de erro e acertos que iria

¹⁸ MIRANDA, Jorge. *Textos Constitucionais Estrangeiros*. Lisboa, 1974. p. 31.

¹⁹ Idem, p. 68

²⁰ HABERMAS, Jurgen. *Between Facts and Norms*. Cambridge: MIT Press, 1996. p. 119.

apurando a lei e o governo. Pretender que todas as instituições fossem recriadas de um só ato, como o poder constituinte, que é a materialização da vontade geral rousseauiana, é pretender que a razão de um grupo de homens, num determinado momento histórico, se sobreponha a séculos de experimentação.²¹ Como dizia um de seus seguidores, fazer uma constituição não é como fazer um pudim, não basta que se siga uma receita para que o resultado seja bom. Por fim, afirma que a Declaração poderia levar as pessoas a crer que eles realmente tinham aqueles direitos, o que provocaria uma grande desordem se viessem a exigí-los.

A crítica progressista ou radical, embora tenha uma finalidade distinta, também desconfia desta razão abstrata, da qual os jusnaturalistas derivam direitos. Hume critica Locke e os demais contratualistas tanto em relação ao uso que fazem da racionalidade, ao dela derivarem o direito natural, quanto à idéia de contrato, que além de num haver existido, tem por única função mistificar o verdadeiro exercício do poder. Não há para Hume como derivar obrigações morais e políticas da razão abstrata proposta pelos contratualistas, pois os valores que dela derivam e que apontam como obrigatório, não passam de justificação a uma determinada forma de organização da sociedade e exercício do poder,²² como um dia esses mesmos direitos naturais serviram para justificar o poder absoluto dos reis.

Bentham, por sua vez, descreve os direitos tais como expresso na Declaração Francesa como “falácias anárquicas”. Ao seu ver a natureza colocou a humanidade sob o governo de dois princípios soberanos, que são a dor e o prazer. Nesse sentido as decisões morais são aquelas que derivam da maior felicidade, ou maior prazer. Os sistemas jurídicos em vez de darem atenção aos “caprichos” de uma falsa razão, à “escuridão”, devem se fundar no princípio da utilidade, único derivado da verdadeira razão.²³ Para Bentham, o bem-estar da sociedade só pode ser alcançado a partir do sacrifício de todos e não pelo fortalecimento do egoísmo de cada um, como assegurado pela Declaração de 1789.

Este também será o ponto básico da crítica de Marx, ao fazer uma análise da Declaração Francesa, em sua obra *Questão Judaica*. Ao garantir direitos que separam a esfera pública da privada, a Declaração estaria apenas mantendo uma situação de natureza dentro da nova esfera privada, assegurada pelo Estado, que deve preservá-la, sem intervir. A esfera cercada por direitos burgueses tem por função básica garantir o mercado, que nada mais é do que uma extensão do estado de natureza, onde deve prevalecer o mais forte, aquele que tenha domínio sobre os meios de produção. Ao vender a sua força de trabalho, ou seja, ao realizar um contrato que é protegido pela Declaração de Direitos, como parte intrínseca do direito de propriedade, as pessoas estão indiretamente alienando também seus demais direitos. “*O direito humano à propriedade privada, portanto, é o direito de desfrutar o seu patrimônio e dele dispor arbitrariamente, sem atender aos demais homens, independentemente da sociedade...[sendo] a segurança o conceito social supremo da sociedade burguesa*”²⁴ como meio de preservação da sociedade.

²¹ BURKE, Edmund. *Reflexões sobre a Revolução em França*. Brasília: Universidade de Brasília, 1982. P. 88 e ss.

²² HUME, David. *Da Origem do Governo*, in *Escritos Políticos*, São Paulo, Abril Cultural, 1979, p. 228.

²³ BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, cap. 1, in Henkin at all, *Human Rights*, New York, Foundation Press, 1999, p. 52.

²⁴ MARX, Karl. *A Questão Judaica*. São Paulo: Moraes, 1991, pp. 43 e 44.

Estas críticas à direita e à esquerda da Declaração, somadas a uma reação historicista no pensamento jurídico alemão, retiraram credibilidade desse direito racional, com pretensões universalistas. Assim, para esses autores, a legitimidade do direito deve derivar ou de sua sincronia com os valores e a herança cultural de uma determinada comunidade, do princípio da utilidade – ou felicidade para o maior número – ou de uma total reformulação da sociedade, a partir da igualização material.

Nesse contexto de diversos princípios e ideologias com pretensão de validade, mas que no entanto são auto-excludentes, surge uma espécie de descrença em verdades superiores e absolutas. O mundo que se abre com o século 20 é cético, daí a força do positivismo como método interpretativo do direito. Nesse sentido, não mais se deve indagar sobre a legitimidade ou justiça do direito, mas sobre a sua eficácia, sobre a sua fonte de produção. O que nos recoloca na posição de Antígona, ou seja, de nos vermos obrigados a um direito que tem como único título de legitimidade o fato de ser posto por aqueles que se encontram no poder.

A importante distinção, no entanto, é que a partir de Rousseau a soberania não mais é compreendida apenas da perspectiva que lhe foi atribuída por Bodin, *ex parti principe*, mas como soberania popular, ou seja, no final do século 19, início do século 20, a lei ganha validade quando produzida por um parlamento que represente a nação, e este é seu critério último de validade.

7. A erosão dos direitos humanos

Embora a idéia de que as pessoas têm direitos que lhe são inerentes pelo simples fato de serem humanas possa ser rastreada desde a antigüidade, no início de nosso século o paradigma dominante era de que os direitos decorriam da vontade dos Estados, ainda que estes Estados não correspondessem mais ao modelo absoluto hobbesiano, mas a um Estado que têm no parlamento sua esfera máxima de legitimação. Há que se destacar, no entanto, que o conceito de democracia parlamentar prevalecente à época era um conceito bastante formal, que se adaptava à transição do Estado liberal para o Estado intervencionista. Mais do que isto, o ambiente intelectual e político na Europa nas primeiras décadas do século também não contribuíam para uma percepção substantiva dos direitos, enquanto uma esfera de proteção inerente ao ser humano. Há, neste sentido, uma série de eventos que precede o período da II Guerra Mundial que podem nos ajudar a compreender como puderam os direitos de milhões de pessoas ser simplesmente destruídos pelos regimes totalitários e autoritários que assolaram os diversos continentes. Max Weber escreve, no primeiro pós-guerra, sobre o processo de desencantamento por que passa o mundo. Constata que a prevalência de uma racionalidade instrumental²⁵, tanto na esfera da ciência, como no âmbito do funcionamento da empresa, provocou uma ruptura com os parâmetros intelectuais do século 19. Ainda de acordo com Weber, num mundo desencantado, a idéia de uma verdade absoluta ou mesmo da existência de direitos naturais, inerentes a qualquer pessoa, pelo simples fato de ser humana uma pessoa, é totalmente destituída de credibilidade. A herança do direito natural passa, portanto, por um vertiginoso processo de erosão nos anos 20 e 30, não apenas na Alemanha, mas com efeitos mais catastró-

²⁵ BENDIX, Reinhard. *Max Weber*. Buenos Aires: Amorrortou, 1960, p. 64 e ss.

ficos neste país. A cultura jurídica produzida pelo positivismo jurídico sintetiza esta superação do direito natural. Para o positivismo qualquer que seja o título de legitimidade do poder, os direitos não passam de uma expressão da vontade do Estado e, portanto, podem ser colocados e retirados a qualquer momento por este. Deve-se destacar que dentro dessa idéia de que os direitos podem ser colocados e tirados a qualquer momento, Hitler, que dispunha de um corpo de “juristas” de plantão, num determinado momento vislumbra a possibilidade de realizar os fins do nazismo utilizando-se dos mecanismos formalmente estabelecidos pela Constituição de Weimar, assim como pelas instituições organizadas sob os padrões burocráticos bismarkianos. Desta forma, o direito neutro serve de instrumento para um Estado nazista.²⁶

Após chegar ao poder em 1933, Hitler, por uma série de medidas legislativas, altera a Constituição (conquistando o quórum de dois terços) e promulga o Ato de Habilitação, que seria o embrião do sistema jurídico nazista. Por este ato constitucional, todas as medidas propostas por Hitler, que fossem incompatíveis com a Constituição, desde que obtivesse maioria parlamentar, poderiam ser transformadas em lei. Um dos primeiros atos de Hitler foi destituir diversos grupos do seu *status* de nacionais. Os judeus foram os primeiros a serem desnacionalizados. Como não mais tinham vínculos com o Estado alemão, como não havia relações jurídicas que os ligassem a qualquer outra órbita de proteção de direitos, eles encontravam-se excluídos moral e juridicamente do sistema de proteção concebido pela Constituição de Weimar e mesmo do precário sistema de proteção oferecido pela Liga das Nações. Excluídos, judeus, ciganos, comunistas, homossexuais e outras minorias ficaram totalmente vulneráveis e passaram a ser tratadas como objeto e não como sujeito de direitos, como descreve Hannah Arendt.²⁷

A II Guerra Mundial se diferencia das demais guerras exatamente pelo fato de que as principais vítimas foram nacionais mortas pelos seus próprios Estados. No período que vai de meados dos anos 30 até o final da II Guerra morreram cerca de 45 milhões de pessoas. Mais da metade desses mortos não foram soldados vitimados em combate, mas civis mortos pelos seus próprios Estados, primordialmente na Alemanha e na União Soviética. Então, esses mais de 20 milhões de seres humanos foram vítimas da instituição que a princípio deveria protegê-las. Este é um fato absolutamente aterrorizador. Essa idéia de que o Estado se utiliza do direito, e por intermédio do direito ele consegue liquidar grupos raciais, religiosos e dissidentes políticos, numa escala assustadora, é algo peculiar ao período da II Guerra.²⁸

8. Direitos humanos no mundo contemporâneo. Uma análise normativa

8.1 A Carta da ONU e a Declaração Universal

O holocausto e as outras barbáries do período, como os campos soviéticos de trabalhos forçados e mesmo a bomba atômica, causaram um profundo choque na consciência da

²⁶ Para uma análise detalhada do papel dos juristas nesse período ver Ingo Muller, *Hitler's Justice: the courts of the Third Reich*, Cambridge, Harvard University Press, 1991. p. 12 e ss.

²⁷ LAFER, Celso. *A reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Cia. das Letras, 1988.

²⁸ HOBBSAWM, Eric. *The Age of Extremes*, New York, Panteon, 1995.

comunidade internacional. É como reação a esta demonstração de irracionalidade e da capacidade do homem de se autodestruir que surge a idéia contemporânea de direitos humanos. Trata-se de uma reação, ainda que filosoficamente não bem resolvida, ao vazio ético deixado pelo desencantamento que favoreceu o nazismo e todas as atrocidades do período.

O primeiro passo no sentido da construção de um direito internacional dos direitos humanos foi a inclusão, na Carta das Nações Unidas, do respeito e da observância dos direitos humanos como uma das obrigações da própria ONU e dos Estados membros (artigos 1, (3), 55 (c) e 56 da Carta). Neste sentido, o Estado que se torna parte das Nações Unidas, aderindo à Carta, passa, no plano jurídico, a reconhecer os direitos humanos como uma obrigação internacional, que não mais pode ficar restrita à esfera doméstica das nações.

A Carta, no entanto, não explicitou o conteúdo dos direitos humanos. O que gera, de certa forma, um paradoxo, pois os Estados se obrigaram a respeitar direitos, sem que o seu conteúdo fosse conhecido ou sequer delimitado. Isto somente veio a acontecer três anos depois com a adoção da Declaração Universal de 1948, por intermédio de uma resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas.

O artigo 68 da Carta da ONU previu a criação de uma comissão voltada para a questão dos direitos humanos. Para os fundadores das Nações Unidas, a Comissão de Direitos Humanos deveria iniciar seus trabalhos propondo uma carta de direitos que pudesse servir como paradigma para o mundo pós-guerra. Conforme manifestação do presidente Truman, dos Estados Unidos, ao fechar a Conferência de São Francisco, *“nós temos boas razões para esperar a elaboração de uma carta internacional de direitos, que será tão parte da vida internacional, como a nossa (americana) Carta de Direitos é de nossa própria Constituição”*.²⁹

Se por um lado Truman acertou ao antever a importância que a Declaração de 1948 assumiria no cenário político internacional, errou rotundamente no que se refere à força jurídica da Declaração. Muito mais tensa do que a discussão sobre o conteúdo do documento foi a decisão sobre seu status jurídico: se um tratado multilateral, um apêndice à Carta da ONU, ou uma simples resolução da Assembleia Geral, sem capacidade de vincular a conduta dos Estados, o que acabou prevalecendo. Como pretendia o bloco comunista, acompanhado pelos Estados Unidos, a Declaração não nasceu com pretensão de obrigar juridicamente os Estados. Além das divergências ideológicas, não queriam as superpotências ver suas soberanias limitadas por qualquer forma de agência internacional de fiscalização de suas práticas domésticas.

A Declaração de 1948, talvez por não ter alcançado força jurídica, recebeu um amplo reconhecimento por parte da comunidade internacional. A Declaração foi aprovada pela unanimidade dos países membros das Nações Unidas, com a abstenção de apenas oito Estados: União Soviética, Checoslováquia, Rússia Branca, Iugoslávia, Polônia, África do Sul e Arábia Saudita, sendo que apenas os dois últimos tinham problemas de ordem substantiva em relação ao documento. Para os sul-africanos a idéia de que toda a forma de discriminação seria banida era, por razões óbvias, inadmissível. Os sauditas, por sua vez, não aceitavam a liberdade para a troca de religião, o que não constituiu um problema para que os demais países islâmicos aprovassem a resolução. Hoje, todos estes países reconhecem a Declaração Universal.

²⁹ Henry TRUMAM, apud Geoffrey ROBERTSON. *Crimes against humanity*. London, Pinguin Books, 1999.

Assim é que surgiu a Declaração Universal dos Direitos Humanos, com o objetivo de estabelecer um novo horizonte ético, a partir do qual a relação dos Estados com seus cidadãos pudesse ser julgada por um paradigma externo ao próprio direito de Estado. A Declaração, como já se disse, não surgiu com a pretensão de transformar-se em direito internacional, como uma *hard law*, mesmo porque coincidindo com início da Guerra Fria, dificilmente seria possível alcançar um consenso mais sólido entre os dois blocos. Embora seja o principal instrumento e certamente o mais conhecido dos documentos de direitos humanos produzidos na esfera das Nações Unidas, não é um tratado internacional, mas uma simples declaração decorrente de uma resolução da Assembléia Geral das Nações Unidas. Não sendo um tratado, não pôde ser ratificada e, portanto, não tinha originalmente pretensão de obrigar os Estados juridicamente. Mas, sim, de servir como paradigma moral. Apesar disso muitos juristas lhe conferem força de direito internacional público. Para uma primeira corrente, ao menos alguns dos dispositivos da Declaração transformaram-se em direito internacional costumeiro, em face do artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, que estabelece as fontes do Direito Internacional Público. Para outros, a força jurídica da Declaração decorre do fato desta constituir uma interpretação autêntica da Carta da ONU. Ao aderir à Carta da ONU, os Estados se obrigaram a assegurar os direitos humanos, mesmo que não houvessem acordado sobre quais direitos. Ao adotarem a Declaração de 1948, deram substância ao compromisso assumido em 1945. Portanto, tecnicamente, a Declaração deveria vincular as condutas dos que participam da comunidade internacional.³⁰

Diferentemente do que argumentam alguns, a Declaração de 1948 não constitui um mero exercício de hegemonia ou imperialismo cultural do Ocidente. Embora fundada sobre os alicerces do racionalismo iluminista e das Declarações americana e francesa do final do século 18, a participação dos representantes de países do Extremo Oriente, muçulmanos, latino-americanos e africanos, deu à Declaração uma conformação mais pluralista. O fundamento kantiano aparece logo no preâmbulo da Declaração ao estabelecer que o “*reconhecimento da dignidade e dos direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana é o fundamento da liberdade, justiça e paz no mundo*”.

Foram reconhecidos pela Declaração especialmente direitos civis. Do artigo 1º ao 20 temos aqueles direitos que foram moldados a partir dos séculos 17 e 18, pelas revoluções liberais, porém com uma nova linguagem, especialmente no que se refere a não-discriminação de qualquer natureza. No artigo 21 são reconhecidos os direitos políticos e do 23 ao 27 os direitos econômicos sociais e culturais. O artigo 28 trata da solidariedade internacional, o 29 dos deveres para com a comunidade e o 30 é uma cláusula interpretativa.

Buscando conciliar o liberalismo com o igualitarismo, a Declaração estabelece em seu artigo 1º que “*todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e deverão agir uns em relação aos outros com espírito de fraternidade*”. Esta é a proposição moral que irá influenciar todo

³⁰ Para uma análise da formação do direito internacional costumeiro ver Louis Henkin, Pugh, Scharter e Smit, *International Law*, St Paul, West Publishing co., 1987, p. 37 e ss; ver também Theodor Meron, *Human rights and humanitarian norms as customary law*, Oxford, Clarendon Paperbacks, 1989, p. 79 e ss.

o edifício dos direitos humanos construído no século 20. As desigualdades naturais deverão ser corrigidas por uma igualdade socialmente construída por seres racionais, capazes de agir moralmente, fraternalmente.

A Declaração reconhecerá então o direito de não ser discriminado em função de nenhuma forma de distinção, como sexo, raça, cor, língua, religião, opinião política, nacionalidade, origem social, propriedade, nascimento ou outra condição. Da mesma forma, nenhuma distinção poderá ser feita em função do status do Estado ou jurisdição à qual a pessoa esteja ligada (artigo 2°). A todos é reconhecido o direito à vida, liberdade, segurança pessoal (artigo 3°); ninguém poderá se feito escravo (artigo 4°); ninguém poderá ser submetido à tortura, ou tratamento cruel ou degradante (artigo 5°); todos devem ser reconhecidos como iguais perante a lei, assim como receber igual tratamento da lei (artigo 7°). Do artigo 8° ao 11 encontram-se as garantias básicas do processo e do estado de direito, como, a garantia a todos de remédios legais efetivos assegurados por tribunais competentes, independentes e imparciais; a proibição de prisão arbitrária; a presunção de inocência; o princípio da prévia cominação legal, para que alguém possa ser penalmente punido. Os direitos à privacidade, à liberdade de movimento, inclusive a deixar seu próprio país e procurar asilo em outro país, aparecem nos artigos 12, 13 e 14. Como reação ao processo de desnacionalização, que permitiu o surgimento de milhões de apátridas na primeira metade do século, reconhece-se, no artigo 15, o direito à nacionalidade. No artigo 16 aparece o livre direito a contrair matrimônio, em termos iguais para homens e mulheres, que também devem gozar de direitos iguais durante ou depois da dissolução do matrimônio. Este, certamente, é um dos dispositivos mais complexos, pois se choca frontalmente com preconceitos culturais, tradições religiosas e normas legais de diversos Estados, em todos os continentes. O artigo 17, que reconhece o direito à propriedade, o faz de uma forma muito distinta da Declaração Francesa de 1789, que atribuía uma posição sagrada a esse direito. De acordo com o exposto na Declaração Universal “todos têm propriedade” de forma individual ou coletiva, o que viabilizou o consenso sobre esses dispositivos entre liberais e socialistas. O artigo 18 também trouxe problemas e foi a razão pela qual a Arábia Saudita não reconheceu, num primeiro momento, a Declaração. Ao estabelecer a liberdade de pensamento, consciência e religião, a Declaração também assegurou a liberdade para que as pessoas pudessem livremente mudar de crença ou religião, de forma individual ou coletiva, o que viola os códigos religiosos muçulmanos. Nos artigos seguintes temos a liberdade de expressão, assim como o direito de receber informações imparciais por intermédio da mídia (artigo 19); e a liberdade de associação, sendo reservado o direito de não se associar (artigo 20).

No artigo 21 temos uma das deficiências da Declaração. Ao invés de falar abertamente em democracia, o que não seria aceito por diversos países do bloco socialista, naquele momento, a Declaração preferiu assegurar a “*todos o direito de tomar parte no governo de seu país, direta ou indiretamente, por meio de representantes livremente escolhidos*”, assim como estabeleceu que a vontade do povo deve ser a base para a autoridade do governo, o que deve se dar por intermédio de eleições livres e periódicas. Este, portanto, é o único artigo que fala em direitos políticos.

Os direitos sociais, culturais e econômicos têm início no artigo 22 e vão até o 27. São esses os direitos ao trabalho, a livre escolha da profissão, assim como à proteção contra o desem-

prego; todos têm direito a igual remuneração por trabalhos iguais; todos têm direito a uma remuneração adequada e compatível com uma existência digna para si e sua família, suplementado, se necessário, por outros meios de proteção social (artigo 23). O artigo 24, certamente o mais criticado, traz o direito ao descanso e ao lazer, assim como a limitação às horas de trabalho e descanso remunerado. Na verdade essas são críticas preconceituosas, pois nenhum ser humano pode viver dignamente, sem que possa gozar de esferas de liberdade fora do trabalho. Sem dúvida nenhuma a crítica de Marx ao direito de livre contratação, que permitia que pessoas fossem literalmente presas aos seus empregos por mais de 18 horas diárias, durante a Revolução Industrial, teve um impacto junto àqueles que tiveram a responsabilidade de redigir a Declaração Universal. O artigo 25 fala novamente no direito a um padrão de vida digna, que atenda às necessidades de saúde, alimentação, moradia, vestimenta e a serviços sociais, incluindo a garantia contra o desemprego, a doença, a incapacidade, viuvez, velhice e outras dificuldades que se coloquem fora do controle das pessoas. O artigo 27 refere-se à educação. Trata-se de um dos dispositivos mais felizes da Declaração. A educação é um direito de todos, deve ser gratuita, ao menos nos níveis elementar e fundamental. Devendo a educação elementar ser obrigatória. Trata ainda da educação técnica e superior. A Declaração, no entanto, não se satisfaz em estabelecer direito à educação, mas também busca estabelecer alguns princípios e diretrizes que devem informar a realização desse direito: *“A educação deve ser direcionada para o pleno desenvolvimento da personalidade humana e para o fortalecimento do respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais. Deve promover o entendimento, tolerância e amizade entre as nações, grupos raciais e religiosos...”*. Ou seja, a educação não é apenas um instrumento voltado à formação técnica ou mesmo à transmissão de conhecimento de uma geração para a outra, mas sim um instrumento de formação moral dos indivíduos. O que significa, de acordo com a declaração, formar pessoas que sejam capazes de respeitar os demais em seus direitos e em sua condição de seres humanos. O artigo 27 trata do direito de acesso à cultura e às artes, assim como do direito às criações científicas, artísticas e intelectuais.

O artigo 28, violado desde sempre, refere-se ao direito de todos a uma ordem social e internacional em que os direitos reconhecidos na Declaração possam ser plenamente realizados. Estabelece assim o direito à solidariedade internacional, pelo qual as nações mais desenvolvidas deveriam partilhar de seus recursos, muitas vezes construídos à custa dos menos desenvolvidos, com aqueles que se encontram numa condição menos favorável.

O artigo 29 da Declaração estabelece que todos têm deveres com a comunidade, sem os quais os direitos não poderiam se realizar. Mais do que isso, estabelece que os direitos e liberdades podem ser limitados em função dos direitos e liberdades dos demais. Esta limitação, no entanto, só será possível por intermédio da lei, quando necessário para a preservação da moralidade, ordem pública e bem estar geral numa sociedade democrática. Aqui aparece então, pela única vez, o termo democracia no texto da Declaração.

Por fim há um dispositivo que estabelece que nada na Declaração deve ser interpretado de forma a autorizar qualquer Estado, grupo ou pessoa a se engajar em atividades que violem direitos humanos.

A Declaração, com esse conteúdo, passou a ocupar um papel tão importante no imaginário da comunidade internacional após a II Guerra, e serviu de respaldo ideológico no

processo de descolonização e mesmo na luta de resistência contra os regimes autoritários nas mais diversas partes do mundo, que deixou de ser um mero instrumento retórico e passou a ser incorporada pelos Estados enquanto direito em suas constituições.³¹ Basta olharmos o exemplo da África, onde dezenas de constituições foram promulgadas a partir da concepção de direitos humanos proposta pela Declaração, o que jamais significou o respeito incondicional a estes direitos. Países na América Latina que se reconstitucionalizaram nesse período, quase todos incorporaram a estrutura e a lógica da Declaração dentro de suas constituições. Talvez a Constituição Brasileira de 1988 seja um ponto exemplar, não só de reprodução da lógica da Declaração e dos demais instrumentos internacionais de proteção da pessoa humana, mas de uma ampliação e atualização de seus ideais. A nossa Constituição é generosa e criativa em termos da confecção do mapa ético segundo o qual a sociedade deve se organizar. Além de sua pormenorizada carta de direitos, por força do parágrafo 2º do artigo 5º, abre suas portas para que uma série de direitos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados e dos tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte passem a ingressar em nosso ordenamento numa posição privilegiada.³²

A Declaração Universal é, porém, apenas um primeiro passo nesse processo de constitucionalismo globalizado que vem sendo propulsionado pelos direitos humanos. Há hoje diversas esferas internacionais de proteção à pessoa humana. Em nível global, temos o sistema das Nações Unidas, fundado na Carta da ONU, de 1945, na Declaração Universal de 1948 e nos diversos tratados de proteção específica, onde se inclui também a proteção dos refugiados; há também sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, sendo os mais evoluídos aqueles que se encontram em funcionamento nos continentes europeu e americano; por fim, deve-se destacar o direito internacional humanitário, estabelecido a partir das Convenções de Genebra, de 1949, que buscam dar proteção às pessoas que se encontram submetidas a conflitos armados.

8.2 *Pactos internacionais*

O sistema global de proteção aos direitos humanos passou a ter mais consistência, no entanto, com a adoção da Convenção Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais e a Convenção Internacional de Direitos Civis e Políticos, ambas de 1966. Estes quatro documentos formam o *International Bill of Rights*, o cerne deste processo global de constitucionalização. Com conteúdos distintos, a primeira Convenção incorpora aqueles direitos que decorrem da tradição socialista, estabelecendo obrigações positivas aos Estados. Seu grande defeito, semelhante a muitas constituições nacionais, foi dar caráter programático ou progressivo a estes direitos.³³ A Convenção de Direitos Civis e Político, por sua vez, abriga direitos

³¹ VIEIRA, Oscar. *A Constituição Brasileira, os tratados internacionais e os mecanismos de defesa dos direitos humanos, in Direitos humanos no Brasil*. São Paulo: NEV/USP, 1993, p.13.

³² Para uma interpretação deste dispositivo ver Oscar VIEIRA, *O Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1994, p. 88; e o detalhado trabalho de Flávia PIOVESAN, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 82 e ss.

³³ Art. 2º (Cidesc/1966) “Cada Estado-parte na presente Convenção compromete-se a adotar medidas...que visem assegurar progressivamente...o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto...”.

decorrentes do movimento liberal e democrático, já reconhecidos pelos constitucionalismos nacionais desde o século 19, dando-lhes eficácia imediata. Criou este tratado um Comitê de Direitos Humanos, que, entre outras funções, analisa relatórios preparados pelos Estados, assim como denúncias individuais de violação dos direitos estabelecidos pela Convenção.³⁴ Diversas outras convenções foram adotadas pelas Nações Unidas nestes últimos 50 anos. Cada uma delas voltada a tutelar direitos específicos ou grupos determinados de pessoas. Trazem também mecanismos próprios de fiscalização e monitoramento. O sistema da ONU, no entanto, padece de grande fragilidade, posto que a própria Carta das Nações Unidas determina que a Organização seja ciosa com a esfera de soberania dos Estados, tal como reconhecido pelo artigo 2º da Carta.

8.3 Outras iniciativas na esfera da ONU

Nos anos 60, por intermédio das resoluções 1.235 e 1.503, do Conselho Econômico e Social, estabeleceu-se que a partir de denúncias que “*aparentemente revelam um padrão consistente, repulsivo e confiavelmente atestado de violações de direitos humanos...*”, ou seja, “*graves violações de direitos humanos*”, o Estado estaria violando obrigações contraídas com a Carta e poderia, assim, sofrer investigações, repreensões e mesmo sanções por parte da comunidade internacional.

Houve, nos últimos anos, bastante progresso, especialmente a partir da Conferência Mundial de Direitos Humanos realizada em Viena, em 1993. Entre estes citaria a criação de um Alto Comissariado para Direitos Humanos, que tem por função articular as ações das Nações Unidas nesta esfera e do Tribunal Internacional Criminal, a partir das experiências dos Tribunais de Ruanda e da Ex-Iugoslávia. Desta forma, o sistema global, que até 1998 não contava senão com parâmetros normativos e agências fiscalizadoras (comitês e comissões), passou a poder também contar com uma instância jurisdicional, ainda que em moldes bastante distintos daqueles existentes nos sistemas regionais de direitos humanos.³⁵ Ao menos para o crime de genocídio, os crimes contra a humanidade e os crimes de guerra, o sistema das Nações Unidas se fortaleceu neste último ano.

Os sistemas regionais europeu e interamericano, porém, são melhor estruturados e tecnicamente mais viáveis, aproximando-se ainda mais de um sistema internacional de caráter constitucional. Como o sistema ONU, estes dois sistemas regionais são fundados a partir de tratados internacionais, que não apenas dão o parâmetro normativo, criam sistemas de monitoramento, mas também estabelecem instâncias jurisdicionais de proteção dos direitos humanos, que já se encontram em funcionamento.

8.4 Sistema Interamericano de Direitos Humanos

No continente americano o sistema passou a se desenvolver a partir da adoção, pela

³⁴ Isto quando o Estado expressamente acatar a jurisdição do Comitê, por intermédio do Protocolo Adicional à Convenção.

³⁵ Para uma precisa análise ver José Francisco Sieber Luz Filho, *Perspectivas para a corte internacional permanente*, in Revista do Ilanud, nº 12, São Paulo, 1998.

Organização dos Estados Americanos, da Declaração dos Direitos e Deveres do Homem, em 1948. Assim como a Declaração Universal, não é a Declaração Americana um tratado internacional. Em 1959, sob os auspícios da OEA e dentro de sua estrutura constitucional, foi criada a Comissão Interamericana, com a função primordial de implementar os direitos humanos no continente. Somente em 1969 é que surgiu a Convenção Americana de Direitos Humanos, com força jurídica de tratado internacional. Esta Convenção, que só entrou em vigor em 1978, reconheceu direitos de ordem civil, política e social, estes últimos apenas de forma “progressiva”.³⁶

A Convenção também estabeleceu uma Corte Interamericana de Direitos Humanos e deu um novo *status* à Comissão, que passou a funcionar como órgão da Carta da OEA e órgão da Convenção, para aqueles países que desta se tornarem parte. As competências comuns da Comissão, tanto como órgão da Carta como da Convenção, são bastante genéricas. Nos anos 70 isto permitiu que a Comissão de forma bastante criativa desempenhasse um papel tremendamente importante na denúncia das violações que eram cometidas pelos regimes militares então no poder. Já sob o mandato da Convenção, a Comissão passou a ter funções mais concretas, como receber denúncias individuais, representá-las junto à Corte Interamericana³⁷, fazer investigações no local ou solicitar informações dos governos.³⁸

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é um autêntico tribunal, que pode exercer, para aqueles Estados partes que reconheçam sua jurisdição, uma prestação jurisdicional de caráter contencioso, relativa a todos os casos concernentes à interpretação e aplicação da Convenção Americana, ou outros tratados de proteção à pessoa humana, na esfera da comunidade interamericana. A Corte só poderá ser provocada em sua jurisdição contenciosa pela Comissão ou pelos Estados partes que aceitem a sua jurisdição. Suas decisões podem fazer cessar uma situação de lesão aos direitos protegidos pela Convenção, como a tortura, prisão ilegal, ou mesmo buscar a suspensão de uma norma que viole os dispositivos da Convenção, exercendo, assim, uma espécie de judicial *review* dos ordenamentos jurídicos domésticos em face da Convenção. Isto pode ser feito ainda de forma preventiva, através da jurisdição não contenciosa da Corte.³⁹ Por outro lado, a Corte também pode determinar que os Estados indenizem as vítimas ou os seus familiares. O que ocorreu pela primeira vez no caso Velasquez, onde o governo de Honduras, responsável pelo seu desaparecimento, foi condenado ao pagamento de uma indenização à família.⁴⁰ Neste aspecto ocorre um dos pontos de maior proximidade entre o sistema interamericano e os sistemas domésticos. De acordo com o artigo 68 da Convenção “*a parte da sentença que determinar a indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado.*” Assim, a decisão da corte não tem força de sentença estrangeira, mas de uma sentença judicial como outra qualquer, numa perfeita integração com os sistemas domésticos.

³⁶ Artigo 26, caput (CADH/1969), *Desenvolvimento progressivo*.

³⁷ Quando os Estados expressamente consentirem com esta hipótese, conforme o artigo 62 da referida Convenção.

³⁸ Artigo 41 (CADH/1969).

³⁹ Para uma análise do papel da Corte ver Thomas Burgenthal, *The Inter-American system for the protection of human rights*, in Theodor Meron, *Human rights in international law: legal and policy issues*, Oxford, Clarendon Press, 1989, pp. 460 e ss.

⁴⁰ Sobre o caso Velasquez consultar Juan MENDES e Jose Miguel VIVANCO, *Disappearances and the Inter-American Court: reflexions on a litigation experiences*, Hamline Law Review, v. 13, n° 3, summer 1990.

A importância do sistema interamericano tem aumentado na medida em que os países passam voluntariamente a se submeter à sua ordem. Embora mecanicamente o sistema não apresente grandes falhas, o que o fragiliza é o fato de a maior potência do continente, os Estados Unidos da América, até o presente momento, continuar marginal ao sistema, postura, aliás, semelhante à do Brasil até há pouco. Porém, com a estabilização dos regimes democráticos no continente, a integração entre as ordens jurídicas interna e regional tem aumentado. A Constituição argentina, por exemplo, expressamente assegura status constitucional aos direitos previstos nos tratados internacionais. No Brasil, a doutrina, e uma jurisprudência embrionária, tem dado a mesma interpretação ao parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal.⁴¹ Isto, portanto, caracteriza o caminho inverso, de internacionalização do direito constitucional.

8.5 Sistema europeu de direitos humanos

O sistema europeu de proteção dos direitos humanos, por sua vez, tem sido um dos pilares do processo de constitucionalização da Comunidade, assegurando parâmetros que devem limitar não apenas os Estados, em suas relações com os seus cidadãos, mas também a Comunidade no embate com os nacionais de cada Estado.

O sistema europeu foi estabelecido pelo Conselho da Europa, que determina em seu estatuto que “*todos os Estados membros do Conselho da Europa devem aceitar os princípios do Estado de Direito e a fruição por todas as pessoas dentro de suas jurisdições dos direitos humanos e liberdades fundamentais...*”.⁴² A Convenção Européia de Direitos Humanos, de 1950, entrou em vigor três anos após a sua adoção. Reconhece basicamente direitos de ordem civil. Logo em seu preâmbulo estabelece que o objetivo do sistema europeu é dar eficácia àqueles direitos elencados na Declaração Universal de 1948, embora a Convenção deixe de lado direitos de ordem social e econômica. Esta lacuna foi parcialmente preenchida em 1961, com a adoção da Carta Social Européia. Digo parcialmente, pois, assim como os demais documentos internacionais que tratam de direitos sociais, a Carta estabelece obrigações vagas e que devem ser perseguidas nos limites dos meios existentes e como política governamental.

Três eram os órgãos responsáveis pela implementação da Convenção, até o ano de 1998, quando surge a nova e unificada Corte Européia de Direitos Humanos, por força do Protocolo nº 11. Mesmo assim é interessante compreender o funcionamento pretérito desse sistema, pois o novo modelo simplesmente buscou conjugar as atividades dos diversos órgãos em uma só Corte.⁴³

A Comissão de Direitos Humanos, que funcionou em Estrasburgo, tinha por função básica receber denúncias de Estados e indivíduos, de acordo com o artigo 25 da Convenção. A maior parte dos Estados reconhecia a competência da Comissão para receber tais denúncias. Havia um processo bastante rigoroso que avaliava a admissibilidade das petições individuais.

⁴¹ Flávia PIOVESAN, ob. cit., 82 e ss ; e Carlos WEIS, *Direitos humanos contemporâneos*, São Paulo, Malheiros Editor, 1999, cap. 1.

⁴² Tomas BURGUENTHAL, *International Human Rights*, St Paul, West Publishing Co., 1988.

⁴³ Nicolas BRATZA and Michael O'BOYLE, *the Legacy of the Commission to the New Court under the Eleventh Protocol*, in Henkin et al, ob. cit., 1999, p. 554 e ss.

Sendo aceitas, iniciava-se uma nova fase em que a Comissão buscava a realização de um acordo amigável com os Estados. Caso este acordo não fosse alcançado, a Comissão poderia encaminhar o caso ao Conselho de Ministros ou à Corte de Direitos Humanos. Em geral deveriam seguir para a Corte os casos dos Estados que aceitavam sua jurisdição. Os demais devendo ser encaminhados para o Conselho de Ministros para que fosse tomada uma decisão política, ainda que balizada pelo direito. O fato porém é que a decisão de qualquer uma destas instâncias tinha força obrigatória para os Estados partes, ou seja, impunha uma obrigação internacional dos Estados em se conformarem a ela. Esse mecanismo criou um sistema paralelo de controle da compatibilidade da legislação doméstica aos parâmetros estabelecidos pela Convenção Européia de Direitos Humanos.

Com o novo formato dado pelo Protocolo nº 11, a Corte passou a concentrar todas as atividades da Comissão. Assim é a Corte hoje quem recebe as petições individuais, analisa sua admissibilidade, nomeia um de seus juízes como *rapporteur* do caso, realiza os acordos amigáveis, quando for o caso, ou finalmente julga as demandas que lhe chegam. O papel do Conselho de Ministros, por sua vez, ficou limitado a supervisionar a execução das decisões da Corte.

Por fim, deve-se destacar que na maioria dos Estados europeus a Convenção ingressa automaticamente no ordenamento jurídico, com *status* de lei ordinária, podendo ser invocada diretamente face aos tribunais nacionais. Na Holanda, o *status* da Convenção é supraconstitucional. Há alguns países⁴⁴, no entanto, onde a Convenção exige atos parlamentares para que os direitos ali reconhecidos possam ser reclamados junto ao Judiciário. Paulatinamente, no entanto, os magistrados destes países têm se permitido olhar para a Convenção como direito auto-aplicável.

9. Conclusão

A gramática dos direitos humanos, constituída a partir das Revoluções liberais do séc. 18, colocou a pessoa humana, como ente dotado de valor moral, no centro do sistema político e social. As instituições voltadas à conjugação desta gramática vêm sendo aperfeiçoadas desde então. O processo é lento e marcado por enormes frustrações. O estado de direito e o Constitucionalismo estabelecem os pilares deste sistema, o cerne de nosso processo civilizatório. Têm, no entanto, se demonstrado insuficientes para conter a fúria de governos locais e sociedades reticentes quanto aos valores da igualdade e da dignidade humana. O sistema internacional de direitos e no nosso caso particular, o sistema interamericano, vem colaborar para que as instituições internas transformem os direitos em uma realidade universal. Seu papel, embora subsidiário, é da maior relevância não apenas na construção de parâmetros aos Estados, mas especialmente na imposição exemplar de condutas que favoreçam o pleno respeito aos direitos humanos.

⁴⁴ Basicamente a Inglaterra e os países escandinavos.